Al Chiarissimo Prof. Anselmo
ossequio dell'autore
con gratitudine vivente di discepolo

C. BREZZO

# PUBLICIANA E QUASI-PUBLICIANA

## NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

PROVINCIA DI TORINO
BIBLIOTECA

# SOMMARIO

## L'Azione Publiciana, e la quasi-Publiciana per le servitù, nel Dir. Civile italiano.


*A*) I. — L'azione *Publiciana* nel Dir. romano.

II, III. — Essa non tutelava la proprietà, nè il possesso.

IV. — Come azione data al *non dominus*, essa non è ammissibile in Dir. civ. italiano.

V. — Se la si possa ammettere quando è dubbia la proprietà dell'attore in rivendicazione.

VI. — Discussione della teoria di Delbrück, secondo cui la tutela petitoria, collegantesi colla *Gewere* del Dir. germanico sarebbesi infiltrata nel Dir. italiano dell'età di mezzo (Dir. romano, canonico, statutario; costume giudiz. dei pratici).

VI *bis*. — Discussione della teoria di Pescatore, avere il Cod. civ. legalizzato il possessorio plenario nel petitorio.

VII. — Discussione della teorica, che fa capo ad una presunzione legale di proprietà derivante dal possesso.

VIII. — Se tale presunzione emani dalla *ratio legis* quanto al sistema dei dir. attribuiti al poss. di b. f. (Teoria di Tartufari).

IX. — Discussione della teorica, che propugna l'ammessibilità della *Publiciana* in Dir. odierno in base a principii di ragion naturale.

X. — Opinioni divergenti, nella presente questione.

XI. — Si nega che la controversia in petitorio abbia a risolversi in base alla comparazione dei possessi.

*B*) XII. — Non si ammette, del pari, l'az. quasi-Publ. quanto alle servitù nel Dir. civ. italiano.

XIII. — La nozione storica del quasi-possesso in rapporto colla quasi-Publiciana (Dir. rom., intermedio, civ. ital.).

XIV. — Aderenza a quella nozione nella questione se siano prescrittibili le servitù apparenti o discontinue, col concorso di titolo *a non domino*.

XV. — *Id.*, nella questione se la destinazione del padre di fam. *non dominus* valga a rendere prescrittibili le servitù discontinue.

XVI. — *Id.*, nell'indirizzo della Giurisprudenza italiana.

XVII. — *Id.*, nella questione se per le servitù continue ed apparenti sia da ammettersi la prescriz. decennale.

XVIII. — Correttivi del non ammettere la quasi-Public. per le servitù.

# PUBLICIANA E QUASI-PUBLICIANA

## NEL DIRITTO CIVILE ITALIANO

I. L'azione Publiciana in Diritto romano non mirava a proteggere il diritto di proprietà, nè tutelava il possesso: — sibbene una ragione di equità. Questa sua funzione è ammissibile in Diritto civile italiano?

II. Nel Codice italiano il *petitorio* ha assorbito il *possessorium plenarium?* — Teorie varie, e loro discussione, specie in ordine alla presunzione di proprietà derivante dal possesso.

III. La nozione storica del *quasi possesso* in rapporto alla *quasi Publiciana.* (Dir. rom., intermedio, civile italiano).

IV. Se sia da ammettere la prescrittibilità di una servitù non apparente o discontinua, col concorso di titolo.

V. Se la destinazione del padre di famiglia si possa riguardare come titolo.

VI. Se per le servitù continue ed apparenti sia da ammettere la prescrizione decennale. (art. 629, 2137).

VII. Di fronte al Codice civile italiano la quasi *Publiciana* per le servitù è ammissibile? — Correttivi della addotta soluzione.

I. — L'azione Publiciana richiama alla mente l'antico processo formulare romano. Il Pretore *aequitate motus*, all'intento di ovviare ad una lacuna del *jus civile*, secondo cui l'*in rem actio*

competeva soltanto, *ut quis dominium suum vindicet*, [1] accordò all'acquirente di buona fede *a non domino* [2] la facoltà di ripetere la cosa comperata da qualunque possessore non munito di titolo.

Motivo dell'azione era una ragione d'equità; [3] fondamento giudiziale l'*imperio* pretorio; mezzo la finzione di compita usucapione; condizione la *traditio ex justa causa*, od altra fra le molte, *quibus dominium quis nancisceretur*. [4]

II. — Parrebbe logico pertanto di ritenere che la Publiciana, pur provvedendo alle esigenze della vita quotidiana, non mirava però in ispecial modo a proteggere nè dominio, nè possesso. [5]

Nondimeno, la contraria opinione, essere cioè la Publiciana stata introdotta a tutela del vero *rei dominus*, ha per sè la grande maggioranza degli autori, i quali ritengono che:

1° — la Publiciana tutelasse in particolar modo l'acquirente di una *res mancipi a domino tradita* senza la forma solenne della *mancipatio;*

2° — la medesima servisse specialmente alla tutela del proprietario; che non può, o non vuole assumersi la prova difficile del dominio. [6]

Ma, se dall'un lato vuolsi riconoscere che al Pretore era lecito, nella sua sovrana autorità, accordare la finzione di usucapione compita al vero *domino bonitario*, non è però a ritenere, nè che questa fosse, nella specie, necessaria, nè che l'azione così accordata dovesse essere tutt'uno con quella, che è denominata *Publiciana*, e ond'è parola nei passi citati di Gaio, delle Istituzioni, e delle Pandette. — Del pari, se non è da negare che anche il proprietario potesse, astraendo dal suo dominio, intentare la Publiciana, [7] non è lecito, per altro, affermare, che il *fondamento* dell'azione possa essere in alcun caso il diritto di proprietà, nè che al medesimo in alcuno stadio di quel giudizio si possa farvi richiamo.

La contraria opinione si fonda soprattutto sulla pretesa interpolazione delle parole *non a domino* nel testo dell'editto publi-

---

[1] Cfr. Inst. § 4 *de action.* IV. 6.

[2] *ibidem*, e l. 1 Dig. VI 2.

[3] « *quia sane durum erat eo casu deficere actionem* » Cfr. Inst., l. c.

[4] l. 1 pr. e § 2 D. VI. 2.

[5] Si notino particolarmente le parole di Ulpiano « *merito Praetor ait: nondum usucaptum: nam, si usucaptum est, habet civilem actionem, nec desiderat honorariam.* (l. 1 § 1 D, *de Publ.*). Così nelle Inst. loc. cit. « *necdum eius rei dominus effectus est;* » e in Gaio, IV. 36. « *qui nondum usucepit.* » Inoltre, in molti testi il possessore di buona fede è considerato in contrapposizione al vero proprietario, nè mai si fa parola di questo come avente diritto alla Publiciana. Cfr. DELBRÜCK — *Die dingliche Klage des deutschen Rechts*, p. 16 con note). Che anzi la Publiciana sembra al proprietario espressamente denegata. (l. 18 *de pignor* D. 20. 1).

[6] Tali sono le idee svolte recentemente, con molta ampiezza di vedute, e copia di dottrina, dall'APPLETON ne' suoi due volumi sulla « *Histoire de la propriété prétorienne* » Paris, 1889. Cfr. ivi la bibliografia in capo all'opera, e *passim*. Le accennate idee trovano fautori anche in quelli, che si fanno maggiore scrupolo di ben ponderare le ragioni avversarie. Cfr. per es. DELBRÜCK, op. cit. p. 1 e seg.

[7] Cfr. HUSCHKE, *Das Recht der Publ. Klage* p. 76 e seg. BRUNS, *Das ältere Besitz* ecc. in *Lehrbuch des gem. Rechts*, IV., p. 18. L'opinione di questi autori, nella specie, appare, nei suoi limiti, corretta.

ciano, quale appare dalla l. 1. pr. D. VI. 2. Ma ciò non può ammettersi, mancandone la prova positiva, [1] e di fronte ai testi molteplici, in cui a quella frase è fatto cenno. [2]

Respinta l'idea che la Publiciana tutelasse la proprietà vera, e messa in disparte quella che la medesima proteggesse la proprietà finta, [3] è a vedere se le stesse a base una *proprietà nel suo diventare*, oppure *un diritto analogo alla proprietà*.

La prima tesi fu sostenuta dall'Huschke, [4] provando con molta copia di testi che il possessore di buona fede *in via usucapiendi* è considerato come avente un vero diritto (come dicono i Basilici, ἡ διὰ τοῦ χρῆσθαι .... δεσποτεία. [5] — E, certo, che il possesso di buona fede faccia parte del patrimonio vero e proprio, non si può contestare: « in bonis nostris computari sciendum est, *non solum quae dominii nostri sint*, sed et *si bona fides a nobis possideantur*. » [6]

Ma intanto si osservi che:

1° — le cose possedute in buona fede, come si scorge dalla l. 49 ora citata, non fanno parte *dominii nostri*, e che pertanto non si può dedurne che la tutela di quelle poggi sopra un diritto di proprietà anche solo *in fieri*;

2° — l'Huschke non ispiega in qual modo gli effetti del possesso di buona fede si protraggano oltre la sua reale durata, e come lo stato antico di quiescenza possa più tardi produrre una azione aggressiva del possesso altrui.

Se, quindi, è a ritenersi che dal possesso di buona fede dimanino conseguenze patrimoniali, e veri diritti, non ne segue che questi siano sufficienti per costituire il fondamento di un'azione petitoria.

La seconda poi delle tesi accennate è posta dal Tartufari osservando che le finzioni del processo civile romano si richiamavano a deduzioni logiche e ad *argomenti di analogia*. [7]

Ma tale analogia non è, per solito, più che formale. E il vero si è che, se talvolta il Pretore romano accordava le azioni utili *juris civilis adjuvandi gratia*, il più delle volte le impartiva *eius supplendi aut corrigendi causa*, e che, assorgendo dalla espli-

---

[1] Cfr. la critica della citata opera dell'Appleton, da me pubblicata nell'*Archivio giuridico*, vol. XLIII.

[2] Gaio, II. § 43; l. 7 § 11, l. 9 § 4, l. 12 § 3, l. 15. Dig., *de Publiciana*, l. 21 § 1 D. *de pignor*, l. 11 D. *de damno inf.*, l. 13 pr. e § 9 *ibidem*, l. 24 D. *de exc. rei judic.*, Basilici, XV. 2. c. 1, Bruns, loc. cit., p. 12 e seg.

[3] Questa sembra essere a prima giunta l'opinione di Laurent, (*Principes du droit. civ.* VI. n. 156) il quale osserva che « cette action repose sur une fiction » e parla di una « propriété fictive » Tale idea fu respinta dall'Appleton, op. cit. p. 344, e dal Tartufari, (*Del possesso qual tit. di dir.*, I, p. 331). Però è agevole il vedere nell'ampia ed elegante esposizione del Laurent, che la finzione non è per lui, che la base *formale* dell'azione (ont feint que la prescription soit accomplie, *bien qu'elle ne le soit pas*): ed in tal senso l'illustre autore si appone al vero.

[4] Huschke, op. cit., p. 18 seg. con note.

[5] Basilici, L, 3, 7. S. LX, 5, 28. Cfr. l. 4 § 18, l. 10 pr., l. 15 pr., l. 21 D. *de usurp.*, 41. 3, ove si parla di *usucapio*, mentre è solo in corso di compiersi.

[6] l. 49 D. *de verb. signif.*, 50. 161.

[7] Tartufari, loc. cit.

cazione processuale alla contemplazione sostanziale del diritto, si rileva bene spesso in quei casi una norma *juris singularis*, o che esorbita dalle sfere del *jus*, per schierarsi in un campo tutto equitativo.[1] Tale appunto sembra essere il principio, che sta a base della Publiciana.[2]

Infine è a notare che questa non era concessa neppure in base ad una *proprietà presunta*, perchè cosi le parti, come il magistrato, potevano benissimo esser consci che l'attore avesse acquistata la cosa *a non domino*, e tuttavia l'azione era a lui efficacemente concessa.

III. — Come non è da ammettere che la Publiciana tutelasse un diritto di proprietà, o vero, o finto, o *in fieri*, o presunto, o analogamente esteso, cosi è del pari da respingere l'idea che quella servisse a proteggere il possesso.

Anzitutto le fonti hanno cura di dichiarare che la Publiciana è un'azione petitoria, che aderisce alle norme della *rei vindicatio*.[3]

Inoltre si noti che

1° l'idea di un possesso, il quale perduri nonostante che altri siasi impadronito *sine vi* della cosa, che ne forma l'oggetto, non è conforme allo spirito del romano diritto;

2° il possesso deve riscontrarsi presso il convenuto, essendo questo un estremo imprescindibile di qualsiasi *vindicatio*. Con ciò si esclude che quello serva di base al diritto dell'attore.

Si può pertanto ritenere che il principio a cui si ispira la Publiciana, non fosse un diritto sostanziale, ma unicamente una ragione di equità: « *nemo locupletari debet cum alterius jactura* ».[4]

IV. Si potrà questa essenziale funzione della Publiciana ammettere di fronte al Cod. civ. italiano?

Pongasi: risulta certo dagli atti del giudizio che l'attore in rivendicazione ha acquistato *a non domino, et nondum usucepit*. Dovrà accordarglisi vittoria giudiziale su chi non adduce a sua difesa che l'attuale possesso?

Tale è in effetto il principio proclamato da una sentenza della Corte di cass. torinese, relatore l'illustre Pescatore.[5] Ivi si fa richiamo *ai principii di ragion naturale, e alla ragione scritta.... secondo il genio del Diritto romano.*

---

[1] Cfr. Brezzo, *Rei vindicatio utilis*, Torino 1889: i primi capitoli.

[2] Il Tartufari (p. 329, 330) domanda: « quale fondamento di maggiore analogia potrebbe aversi oltre quello dell'equità, che suggerisce di amministrare una giustizia consimile per analogia di condizioni e di relazioni giuridiche? È, o non è il possessore di buona fede in condizione analoga a quella del vero proprietario, quando si trova dirimpetto ad altra persona, che non ha alcun diritto, o diritto minore del suo? »

Ma, appunto, l'*analogia di condizioni giuridiche* è quella che sembra mancare nella specie. L'acquisitore *a non domino*, fino ad usucapione compita, è sempre un *non dominus*, e non ha sulla cosa alcun diritto reale, che sia possibile paragonare a quello del proprietario.

L'equità suggerirà l'eguale trattamento: ma *equità* non è *analogia*.

[3] Inst. loc. cit., l. 7 § 6 Dig. *de Publiciana*.

[4] Per corroborare queste conclusioni coll'appoggio di una autorità eminentissima, riferirò le parole del Bruns (loc. cit., p. 18): « La Publiciana non ha tratto ad un particolare diritto sulla cosa, reale o probabile, che un possessore possa trasferire ad un altro, ma unicamente al rapporto relativo, che il possessore con titolo deve preferirsi a quello senza titolo. »

[5] Corte cass. Torino, sentenza 16 marzo 1870. — V. *La Giurisprudenza*, anno 1870, p. 285.

Ma non si vede come i principii invalsi in quel mondo giuridico possano ottenere libera applicazione ancora oggidì. Di fronte al Pretore romano l'equità aveva l'efficacia del *jus civile*. Da noi, all'incontro, il giudice non può menar buona alcuna ragione, che esorbiti dal diritto codificato: *dura lex, tamen lex.*

E, poichè il nostro Codice considera l'azione di rivendica in istretta colleganza col diritto di proprietà,[1] sembra essere fuori dubbio che quella non può ragionevolmente concedersi a chi risulta essere *non proprietario.*

Si potrà discutere sulla maggiore o minore portata della parola *proprietà*, e quando questa si possa ragionevolmente presumere, senza bisogno di una prova troppo assoluta e categorica. — Ma intanto l'efficacia specifica della Publiciana secondo il Diritto romano resta esclusa dalla legge moderna.[2]

V. — Però gli autori e la giurisprudenza, nell'ammettere ancora oggidì la Publiciana, sogliono collocarsi da un diverso punto di vista. Partendo da concetto che quella azione provvedesse ad una più lata protezione del dominio, essi pongono in diritto civile odierno la questione se un possessore di buona fede per ciò solo meriti, contro chi possiede senza titolo, la protezione in petitorio, senza esigere da lui la prova rigorosa del dominio.[3]

Ora, sebbene da quello, che sopra si è detto, appaia che tali non sono i principii che costituiscono l'entità concreta dell'azione Publiciana,[4] e che ivi non si miri giammai, anche solo per via di presunzioni, a provare in giudizio il dominio dell'attore, mentre questo è lo scopo ultimo, cui si tende nell'odierno giudizio di rivendica; tuttavia, potendosi anche a Roma istituire quell'azione dal proprietario astraendo da questa sua qualità, si può ritenere il nome di Publiciana come riassuntivo delle norme varie, che vi si collegano, nell'intento di applicarle, secondo le idee invalse nel mondo giuridico odierno, al concetto di una proprietà presunta o giudizialmente ammessa senza rigore di prova.

La questione, di fronte al nostro Codice civile, vuol dunque esser posta in questi termini: Se si possa, in base al possesso di buona

---

[1] Cfr. art. 439 Cod. civ.

[2] Questi principii ho svolti nella citata opera sulla *Rei vind. ut.*, p. 217-237.

[3] Questo modo di concepire la questione si riscontra non solo in AUBRY e RAU (*Droit civ.*, § 219) che la riducono decisamente *à une simple question de preuve*, ma anche in coloro che intendono affermare principii identici a quelli del dir. rom., es. il TROPLONG (*De la prescription*, n. 230), il quale parla di una « *propriété publicienne..... quasi-propriété, propriété présumée.* » Così pure quelli che si riattaccano in genere alla tradizione storica, come l'APPLETON (loc. cit.), il quale propone la motivazione di una sentenza in questa forma: « *Attendu qu'il a toujours été admis en France, jusqu'au Code civ., que le demandeur en revendication justifiait suffisamment son droit de propriété en prouvant qu'il avait eu sur l'immeuble litigieux une possession utile pour prescrire....* » Così il PESCATORE (*Filosofia e dottrine giurid.*, p. 383) notava che i tribunali all'evenienza *aggiudicano talvolta la proprietà* fingendola provata, dichiarandosi sufficientemente convinti.

[4] Si osservi particolarmente, che al tempo del *jus praetorium*, quando la Publiciana fu introdotta, non solo non era *diabolica* la prova del dominio, ma anzi troppo facile, per virtù del breve termine richiesto ad usucapire, che si dovette perciò allungare per ovviare a che « *miseri rerum domini per biennium excluderentur* » (l. un. Cod. *de usuc. transform.*).

fede, riconoscere provata la proprietà, all'intento della rivendica contro un terzo non munito di titolo.[1]

Tale è la controversia, di notevolissima importanza nella pratica, di sentita difficoltà nella sua sostanza, vivamente dibattuta da scrittori autorevoli e variamente risolta. Era opinione quasi prevalente in Francia ed in Italia che al possessore di buona fede si dovesse accordare la tutela in petitorio,[2] allorchè sorse Laurent,[3] con energia di convinzione e rigore di logica, e proclamarne l'insussistenza. Però, anche posteriormente, non mancarono alla contraria opinione illustri fautori.[4]

Per legittimare la concessione della rivendica al possessore di buona fede si è fatto ricorso ai più svariati argomenti. È duopo prendere in esame quei più rilevanti.

VI. — Notevolissimo tra quelli è il richiamo alla tradizione storica quanto alla tutela della proprietà e del possesso.[5] Ecco l'argomento sottile ed elegante del Pescatore: « La giurisprudenza consuetudinaria preceduta alle legislazioni dei codici ammetteva in materia di azioni reali immobiliari tre diversi giudizi: — il sommariissimo.... con apprezzamento istantaneo, provvisorio ed arbitrario del giudice; — il possessorio plenario con più matura cognizione di causa, e con apprezzamento non ancora definitivo, e pur anche arbitrario degli elementi riuniti di possessorio e di petitorio; — e finalmente il petitorio assoluto e definitivo.

« Molto opportunamente la legislazione dei codici *legalizzò il possesso plenario nel petitorio*, riducendo così a due il numero dei giudizi, e vincolando, per quanto era possibile, a norme legali anche il possesso sommario. »

Assai più complicato è il ragionamento di Delbrück nel suo libro sull'*azione reale del diritto tedesco*, ove l'autore fa prova di una dottrina sconfinata e di una fantasia potente.

Studiato il sistema romano quanto alla protezione del diritto di proprietà e postene in luce, con finezza di criterii ed acume di critica, le imperfezioni molteplici, specie nei riguardi dell'azione Publiciana, egli prende in esame i mezzi che servivano a quell'uopo nell'antico diritto germanico; e proponesi quindi l'arduo tema di sceverare nei Diritti vari, consuetudinari o scritti, dell'evo medio, i quali raccolsero in più o meno lati confini l'eredità giuridica dell'antica Roma, la parte che sarebbesi, più o meno consciamente, mutuata alle norme invalse per la germanica *Gewere*.

Per tal modo secondo le antiche tradizioni del Diritto italiano, vuoi

---

[1] Ne esulano:

1° il caso che l'attore confessi, o in qualsiasi modo riconosca, di *non essere proprietario*;

2° Il caso che ciò stesso risulti in giudizio provato.

Rimosso il criterio puramente equitativo, tra due non domini deve, a norma dei principii, prevalere il possessore. Cfr. l. 28 *de rei vind.*, Cod., 3, 32.

[2] Cfr. POTHIER, *Propriété*, n. 323; TROPLONG, *De la vente*, I, 235, e *Prescription*, 230; DURANTON, IV. 238; DELVINCOURT, VI. 21; MERLIN, *Repert. V. Revend.* § 14, n. 3, DEMOLOMBE, IX. 481.

[3] Loc. cit.

[4] Tra questi il TARTUFARI, e l'APPLETON, loc. cit.

[5] Cfr. DELBRÜCK, op. cit., e PESCATORE, op. cit. e loc. cit.

*romano*, come fu inteso dai glossatori, vuoi *canonico*, vuoi *statutario*, e così nella pratica dei giudizi, che invalse anche posteriormente, tanto in Italia quanto in Francia, sia nell'azione petitoria (presunzione di proprietà derivante dal possesso [1]), sia nelle azioni possessorie (così nel *possessorium ordinarium*, come nell'*actio spolii* [2]) sarebbesi accolta l'azione petitoria germanica, fondata sul più antico possesso, senza necessità di provare il diritto di proprietà, e, particolarmente, senza provare l'*acquisto* di questo diritto stesso, come sarebbe richiesto dalla lettera e dallo spirito del Diritto romano [3]).

Dopo di ciò non parrà strano l'affermare, osserva Delbrück, [4] che l'azione Publiciana siasi completamente trasformata nell'azione reale del Diritto tedesco, cosicchè si palesa oggidì fuori di luogo aver ricorso a quell'antica azione del processo formulare romano. È vero che dai glossatori in poi niun commentatore o sistematico trattatista omette di farne parola. Ma non è da trasandare che noi molto e molto abbiamo accolto *solo nominalmente* dalla legislazione romana. Il vero si è che la dottrina dei *jus potius seu fortius*, che invalse nella scienza e nella pratica medioevale quanto al giudizio di rivendica, non è punto il diritto antico derivante dalla Publiciana e dalle norme sue proprie, ma il *petitorio tedesco* sotto forma di Publiciana come si può scorgere ad evidenza in molte massime dei *pratici*, [5] che affermano ed applicano alle singole fattispecie questo concetto:

« probatio dominii difficilis est, si absolute spectetur non vero si relate ad aversarium, *satis enim est melius jus ostendere*, et haec probatio sufficit de aequitate..... »

Il resultato, a cui perviene il Delbrück, di concedere cioè l'azione petitoria in base all'antico possesso, come portato delle antiche tradizioni giuridiche del Diritto tedesco, le quali avrebbero, nel diritto medioevale italiano, prevalso alle norme del Diritto romano puro, fu quasi universalmente respinto. [6] Particolarmente, non fu accolta la base prima di quella teorica, cioè che la *Gewere* germanica procurasse una tutela petitoria. Si è osservato che se *Gewere* e *possesso* non sono idee perfettamente equivalenti, tuttavia, nella sostanza, l'una vale l'altra. I concetti, che in diritto romano si ricollegano al possesso giuridico, si possono ritenere affatto prossimi a quelli della *Gewere* germanica. [7]

Assai notevole è la critica mossa a Delbrück da Bruns, che, senza respingere in linea generale ed assoluta quella teorica come erronea, non ne accoglie però le conclusioni troppo recise. « Che i *glossatori* nel trattare il Diritto romano, egli scrive, [8] non abbiano

---

[1] Cfr. DELBRÜCK, op. cit. § 32.

[2] Id., § 18 e seg.

[3] p. 26 f. e seg.

[4] § 66, p. 321.

[5] Cfr. DELBRÜCK, § 34, p. 190 e seg., ove egli adduce prove molteplici di queste affermazioni. Cfr. gli autori ivi citati.

[6] Cfr. WINDSCHEID, *Pand.* § 162, a. n. 8., cogli autori ivi citati, e specialmente: BRUNS, articolo citato, e WÄCHTER, *Pand.*, II. p. 96 e seg.

[7] Cfr. HEUSLER, *Die Gewere*, p. 59 e seg., p. 305.

[8] BRUNS. p. 34.

potuto rendersi affatto liberi dalle idee germaniche, e ritenere il medesimo scevro da ogni influenza di queste, è ben naturale, e non può essere negato. Ma tale influenza si fece sentire sempre soltanto in linea mediata, in guisa da considerare e anche rivolgere il Diritto romano in una direzione favorevole al Diritto germanico, senza però mai abbandonare la base essenziale di quello. »

Che nella pratica medioevale una certa presunzione di proprietà derivante dal possesso più antico siasi accolta nei giudizi di rivendica, e in ciò possa scorgersi un ravvicinamento alle idee germaniche, sia pure (osserva il Bruns[1]). Ma non si affermi che in base *al nudo fatto del più antico possesso* siasi, vuoi nell'antico Diritto germanico, vuoi in quello medioevale, scritto o consuetudinario, accordata vittoria all'attore nel giudizio di rivendica. Tali idee non sarebbero nè germaniche nè romane.

Soprattutto egli non può ammettere che nelle azioni possessorie siasi dal Diritto tedesco infiltrato un elemento petitorio. Per quanto le idee dei Glossatori sul possesso, e particolarmente sulla *possessio civilis*, si discostino dal concetto puramente romano, le linee fondamentali della teorica sul possesso, quanto alla sua tutela, ed a' suoi rapporti col diritto di proprietà, non sembrano sostanzialmente pretergresse.

In definitiva, se nel giudizio di rivendica la prova rigorosa della proprietà non è richiesta, non se ne deve cercar la ragione nell'elemento del possesso; vi è un altro elemento intermedio (*Vermittlungsglied*),[2] *la presunzione di proprietà* derivante dal possesso medesimo: e se al possesso sono riconosciuti certi effetti (specie in riguardo alla sua durata), che sembrano esorbitare dai concetti romani, non si deve così presto riconoscervi una deviazione dallo spirito di questo diritto, sibbene una elaborazione e una estensione, *utilitatis causa*, del possesso, dal che l'esempio e l'indirizzo già riscontrasi presso gli stessi romani giureconsulti.[3]

Da tali osservazioni del Bruns (autorevole assai in materia, per gli studi da lui fatti sul Diritto mediovale, e sulle tradizioni giuridiche italiane[4]) questo intanto si rileva:

1° che il concetto sovraccennato dalla Publiciana (protezione di un *non dominus*, vale a dire di un acquirente *a non domino*, che *nondum usucepit*) continuò anche nell'Evo medio ad avere una esistenza a sè, indipendente dall'abituale giudizio di rivendica, in cui si mirava a proteggere non già il possesso di buona fede, ma il dominio;

2° che, per ciò stesso, le tradizioni storiche non possono invocarsi per esonerare l'attore in giudizio di rivendica dalla prova della proprietà, per quanto poi vogliasi, in linea di presunzione, od altrimenti, facilitare questa prova medesima.

Rimosso intanto il concetto di Delbrück, di considerare il possesso più antico, *per se*, come base dell'azione petitoria, sono a farsi due ulteriori indagini:

---

[1] p. 31 e seg., p. 38.
[2] p. 32
[3] p. 39 e seg.
[4] Cfr. l'opera magistrale: *Das Recht des Besitzesim Mittelalter.*

1° Se al possesso di buona fede sia da riconoscere, in base a ragioni storiche, la *presunzione* di proprietà;

2° Se sia da ammettere al Pescatore che la legislazione dei Codici *legalizzò il possessorio plenario nel petitorio*, dal che deriverebbe la norma, che devesi accordare vittoria giudiziale a colui, il quale *potiora jura* (anche solo *possessionis*) *in petitorio estenderit*.

Si entra qui nel laberinto delle questioni possessorie. È ormai generalmente ammesso (sebbene sia ancora molto controversa la questione dei limiti) che il concetto del possesso, quale si rivela nella scienza e nella pratica d'oggidì, è il risultato di una lunga evoluzione, nella quale si può scorgere, fra gli elementi che s'intrecciarono nel corso dei secoli in forma nè sempre conscia, nè sempre definita, una doppia corrente. Per una parte, il concetto del possesso, come puro stato di fatto, benchè illegittimo, venne ampliandosi siffattamente, da comprendere in sè tali rapporti, che il Diritto romano non considerò mai suscettivi di essere posseduti (i diritti di qualsiasi specie): dall'altra si venne a richiedere in forma più rigorosa il concorso di quegli elementi, che dànno al possesso una esteriorità più completa, e forse più probabile del buon diritto (*possessio ad usucapionem*). Questa evoluzione, operatasi nel concetto del possesso, è dovuta soprattutto al Diritto canonico, che, per una parte, estese ampiamente la tutela possessoria coll'*exceptio* e l'*actio spolii*,[1] per altra parte mostrò maggior rigore sul requisito della buona fede, e la sua durata, nei riguardi del possesso prescrittivo.

Di questo evolversi della dottrina possessoria il legislatore italiano non s'è reso chiara coscienza. Egli proclama il principio canonico: *il possesso è l'esercizio di un diritto*,[2] e poi afferma, subito appresso,[3] che nel possesso legittimo è richiesto l'animo di *tenere la cosa come propria*.

Per una parte, staccandosi dalla dottrina romana, ritiene, quanto al possesso legittimo la necessità dei requisiti di *pacifico* e *pubblico*, non solo al momento dell'acquisto, ma di continuo:[4] e, per altra parte, in ordine al possesso di buona fede, accoglie il principio romano *mala fides superveniens non nocet*.[5]

Secernere, tra le innovazioni molteplici che, in tema di proprietà e di possesso, si appalesano nella legge odierna di fronte alle idee romane, i concetti del Diritto canonico, o statutario italiano, o francese, o germanico, o ancora schiettamente romano, si appalesa quindi compito ben difficile, non avendo il legislatore serbato fede alle tradizioni giuridiche in tutta la loro purezza.

Si aggiunga che sul concetto del possesso, sul fondamento della sua tutela, sulle sue relazioni col diritto di proprietà, anche solo

---

[1] Cfr. specialmente su questo tema l'opera del BRUNS, *Besitz im Mittelalter*, e gli altri autori citati dal WINDSCHEID, *Pand.* § 162 a. n. 1. Recentemente, presso di noi: RUFFINI, *L'actio spolii*, Torino, 1889.

[2] Cod. civ., art. 685, 694.

[3] Art. 686.

[4] Art. 686, 688, 689. Cfr. CHIRONI, *Lezioni universitarie*, anno 1885-86, p. 107 e seg.

[5] Art. 702, a linea.

quanto al Diritto romano antico, si discute da secoli; e non pure non si è fino ad oggi riusciti ad un risultato soddisfacente, ma anzi sembra che gli scrittori più autorevoli arrivino alla conclusione, che ricercare l'unità nel concetto romano del possesso, nella molteplicità delle sue esplicazioni, sia inutile conato.[1] E recentissimamente il Jhering[2] trovando insoddisfacenti le varie teoriche nello spiegare la tutela possessoria, in Diritto romano accordata in certi casi, nei quali mancano i concetti tipici del possesso, e in particolar modo l'*animus domini*, viene al concetto inorganico della *detentio* protetta come *possesso* per iscopi puramente pratici.[3]

Soprattutto, non si è punto concordi sul fondamento della tutela possessoria. Il Jhering, come nelle opere sue precedenti,[4] così ancora da ultimo[5] sostiene la tesi che il possesso sia la *fortezza avanzata del diritto di proprietà*, e che la tutela di quello sia appunto rivolta ad una più pronta e più facile difesa del proprietario (*erleichterte Eigenthumsschutz*). Nè sembrano averlo convinto del contrario gli argomenti oppostigli, che cioè sia in possessorio vietata la prova della mancanza di proprietà nell'attore, e che la tutela del possesso riesca a volte a danno dello stesso proprietario.

Però, chi abbia presenti gli argomenti del Bruns,[6] ed i testi del Diritto romano, che proclamano così recisamente la separazione della proprietà dal possesso, affermando il principio che tra questi due istituti non v'è *nihil commune*,[7] e che il possessore è protetto HOC IPSO *quod possessor est*,[8] senza alcun riguardo *justa... aut injusta adversus ceteros possessio sit*, non accederà sicuramente al concetto riferito del Jhering.

Potrebbe a ciò obbiettarsi che, se il possesso è un puro stato di fatto, che nè è in sè un diritto, nè lo fa presumere, mal si comprende come i Romani potessero distinguere vari gradi del possesso, e ammetterne l'esistenza in colui, che non detiene la cosa (locatore, comodante, ecc.), o che non avrebbe neppure la *possibilità* di esercitare *attualmente* l'azione fisica sulla cosa stessa.[9] Se ciò è, si potrebbe osservare, come ammettere che il possesso non sia difeso come apparenza della proprietà?

Non è duopo riferire qui le opinioni del Savigny, del Rudorff, del Puchta, e degli altri autori, che trattarono la questione possessoria, e delle cui dottrine è nota l'insufficienza.

---

[1] Cfr. BEKKER, nella *Kritische, Vierteljahrsschrift*, XVIII. p. 7 e seg.; RANDA, *ibidem*, p. 321 e seg.

[2] JHERING, *Der Besitzwille*, Jena, 1889.

[3] Cfr. op. cit. p. 384. « Per la questione se nel caso del possesso derivato (precarista, creditore pignoratizio, ecc.) possesso o detenzione vi sia, è norma una sola e identica considerazione: *lo scopo*. »

[4] Cfr. particolarmente JHERING, *Besitzesschutz*, tradotto in Italia dal Forlani.

[5] *Besitzwille*, p. 430, n. 1.

[6] BRUNS, *Die Besitzklagen*. Cfr. l'articolo del PADELLETTI pubblicato nel *Arch. giur.*, XV. p. 3 e seg.

[7] L. 12 § 1 *Dig.* XLI. 2; l. § 2 *Dig.* XLIII. 17.

[8] L. 2 *Dig.* XLIII, 17.

[9] Cfr. p. es., relativamente al tesoro, l. 3 § 3, l. 44 *Dig.*, *de acq. vel. am. poss.*, 41, 2, e riguardo all'acquisto fatto dallo schiavo in fuga, l. 50 § 1 *ibidem*.

È parimente risaputo che le fonti romane ora proclamano il possesso una *res facti*, ora una *res juris*, o che « *plurimum ex jure mutuatur.* » — Qual concetto del possesso si dovrà dunque ritenere? e quale fondamento della tutela possessoria?

Sembra buon indirizzo quello spiegatosi recentemente di ricollegare la nozione del possesso ai *modi acquirendi* secondo il *jus naturale*, come era inteso dai Romani, e particolarmente al concetto dell'*occupatio*,[1] della *traditio*, in contrapposto ai modi civili della *mancipatio*, della *in jure cessio*, ed altrettali. Qui si rivela quel dualismo, che domina in tutto il mondo giuridico romano;[2] per una parte si conserva con iscrupolo il rigore e il simbolismo del *jus civile*; per altra parte, si attinge ampiamente al *jus naturale*, ed al *jus gentium*. Non è a dire, con ciò, che ne sorgesse una dualità tra dominio e possesso. Ma sembra che nulla osti a ritenere quest'ultimo come l'esteriore apparenza dell'*in bonis esse* in lato senso (dominio naturale),[3] che, riguardato da prima come un mero fatto, venne gradualmente penetrando nelle sfere del *jus*.

Se da questo risulta la ragione, per cui il possesso era tutelato, l'entità e il modo della sua difesa si spiegano per motivi di pubblica utilità, impedire cioè la privata violenza (*non est singulis concedendum quod per magistratum publice possit fieri*).[4] Da ciò emana, come non fosse il caso di permettere all'autore della violenza la prova del suo diritto prima che ristabilisse l'ordine turbato.

Risulta intanto, che, se il possesso può considerarsi a volte come un fatto, a volte (specie ne' suoi effetti) come un vero diritto, non si può, per altro, affermare, che il medesimo costituisca l'esteriorità del *dominio civile*.

Per tal modo, una presunzione di proprietà derivante dal possesso non sarebbe consentanea allo spirito del sistema romano.[5]

Se, ora, dal Diritto romano, si passa a considerare la pratica del Diritto medievale, è d'uopo riconoscere col Delbrück e col Bruns,[6] che il SISTEMA PROBATORIO trovasi sostanzialmente mutato. In Diritto romano il giudice era affatto libero di decidere le controversie secondo verosimiglianza e morale convinzione; epperò non

---

[1] Cfr. l'articolo citato dal PADELLETTI, La rapina e l'occupazione furono pei Romani le prime forme di acquisto del dominio (Cfr. SCHULIN, *Gesch. des röm. R.*, 1889, p. 294).

[2] MUIRHEAD, *Storia del dir. rom.*, trad. Gaddi, p. 3; JHERING, *Geist des rom. R.* § 23.

[3] Così le fonti osservano che il possessore di buona fede fa suoi i frutti *naturali ratione*; § 35. Inst., II. 1. Certo, non ne poteva derivare che una tutela pretoria, la quale doveva venir meno allorchè altri faceva in giudizio valere un suo vero diritto. Quanto ai casi di così detto *possesso derivato* (precarista superficiario, ecc.), vi si riscontra pur sempre l'*animus possidendi*, per diritto proprio, e *proprio nomine*. Non v'è che il puro e semplice *rem alieno nomine detinere*, che non darebbe luogo a quella *padronanza di fatto*, che è meritevole di tutela.

[4] Queste ragioni sussistono, se anche il possessore spogliato sia il ladro, che reclami tutela contro il violento proprietario. Le forme processuali romane mirarono appunto, fin dalle origini, a « contenere il prorompere violento di colui, che ebbe ad essere offeso nel suo dirttto. » Cfr. CARLE, *Le origini del Dir. rom.* L'*actio* e la sua storia primitiva, p. 130.

[5] Che, di fronte al semplice possessore, l'attore, che non prova il suo diritto, debba essere, anche in petitorio, respinto, si deduce (come ha notato il SAVIGNY) dalla norma processuale — *actore non probante, reus est absolvendus*. Cfr. del resto la già citata l. 28 Cod. III. 32.

[6] DELBRÜCK, p. 184; BRUNS, p. 54 e seg.

v'era sentita necessità di presunzioni. Ma altro è quando una teoria probatoria oggettiva prescrive mezzi di prova determinati e fissi, su cui la convinzione del giudice debba fondarsi. In tal caso le presunzioni sono spesso una necessità e un benefizio. [1]

Così è, che la presunzione di proprietà derivante dal possesso, vuoi presente, vuoi più antico, trovasi frequentemente ammessa, sia nei glossatori, sia nei canonisti, sia ancora negli statuti delle città italiane, o infine nei pratici. [2] E parimente vi sono accolte presunzioni di varia natura in ordine al possesso.

Da ciò il Bruns trae occasione per rimproverare l'esagerato purismo di coloro, che vorrebbero attuare completamente oggidì il sistema romano, mentre dai glossatori in qua appaiono mutate le basi del diritto probatorio.

Che si dovrà dunque ritenere in proposito, di fronte al nostro Codice civile?

Anzitutto è pregio dell'opera il notare che parecchie presunzioni relative al possesso furono espressamente accolte dalla pratica medioevale. [3]

Ma che si dirà di quelle, onde non è fatto cenno nella legge, specie riguardo al diritto di proprietà? Laurent tronca il nodo gordiano osservando semplicemente: — non si possono ammettere presunzioni di proprietà senza un testo preciso di legge; ora questo fa difetto nel Codice, e il diritto anteriore ai Codici è abrogato. [4]

Per altro non sono escluse le presunzioni *hominis*, quando abbiano i requisiti voluti dalla legge; [5] e finchè sia possibile, è duopo non trascurare le tradizioni giuridiche del tempo antico.

È a notare però, che, per una parte, la presunzione di proprietà derivante dal possesso non fu nè pacificamente, nè generalmente ammessa nella pratica dell'Evo medio, [6] e che non mancano al riguardo testimonianze di illustri giureconsulti, i quali affermano recisamente al riguardo l'antico principio romano. [7] Per altra parte, nell'ordine logico, si appalesa molto contestabile la deduzione dell'esistenza oggettiva del diritto di proprietà dal fatto solo del possesso. In base a questo si potrà arguire l'*animus domini*: [8] ma nulla di più.

E, inoltre, se al possesso vada unita l'accennata presunzione, perchè dovrà a quello attuale del convenuto prevalere, in questo riguardo, il possesso antico e già estinto dell'attore?

Non si vogliono con ciò escludere le tradizioni del Diritto patrio in tema di proprietà: si ammettono le presunzioni collegan-

---

[1] Bruns, p. 56; Ruffini, p. 281.

[2] Cfr. la Glossa, *in vacuam*, ad l. 12. Cod. de probationibus; *Gl.*, *dominium*, ibidem; Menochio, *de presumptionibus*, l. VI. pr. 63.; Mascardi, *de prob*, c. 537 e seg.; Statuto di Brescia, de antiquiori possessione rei immobilis (.... *ille petitor, qui fuerit antiquior possessor, dominus presumatur*). Cfr. Delbrück, op. cit. § 32, 37. Bruns, loc. cit., p. 36 e seg., cogli autori e fonti ivi citati.

[3] Art. 687, 691, 692.

[4] Laurent, VI. 169.

[5] Cod. civ. it. art. 1354.

[6] Si consultino le fonti citate sopra alla nota 1.

[7] Codicis Fabriani, l. 3, t. 23, def. XVIII. n. 4.

[8] Conf. C. c. art. 687, e Fabro, def. 18 citata.

tisi col fatto del possesso più antico, o munito di titolo. Solo si propone che si concilino col portato della logica giuridica, quale emerge dal sistema presente, ammettendole, non in base a un puro elemento possessorio, ancorchè fondato su titolo, ma quando risulti il concorso di circostanze tali che il *diritto di proprietà* ne risulti affatto probabile, tanto da ispirarne al giudice la convinzione morale.

Invano si ha ricorso dai sostenitori della contraria opinione alle opere di quei sommi maestri a cui si improntò il Codice francese, e notevolmente a Pothier, [1] là dov'egli accenna all'azione Publiciana. Dacchè egli osserva che questa è « *fondée sur l'equité,* » e che è concessa al possessore di buona fede « *qui n'est pas propriétaire,* » sembra posto fuori di dubbio che egli ha riferimento alla vera Publiciana del Diritto romano, la quale intanto vuol essere esclusa dal Diritto moderno, secondo cui è imprescindibile la prova della proprietà nel giudizio di rivendica.

Dopo ciò sembra lecito ritenere che dalle tradizioni storiche del nostro Diritto in tema di proprietà non segue che si debba oggi ammettere la tutela petitoria sul fondamento di un puro e semplice possesso di buona fede.

VI.bis — Di natura affine è l'argomento del Pescatore, avere il Codice *legalizzato il possessorio plenario nel petitorio*, cosicchè il possesso plenario sarebbe *sempre virtualmente incluso, a guisa di questione subordinata, e qual titolo suppletivo, nel petitorio.* [2] Tale sistema, secondo il Pescatore, sarebbe più corretto di quello antico di considerare il possessorio plenario, che risultava dagli elementi riuniti di possessorio e di petitorio, come un giudizio di per sè stante.

È noto che i giuristi dell'Evo medio, nello studiare il Diritto romano sotto l'influenza delle idee germaniche e canoniche, pure conservando nominalmente le antiche azioni possessorie, derivanti dall'*Uti possidetis* e l'*Unde vi*, vennero però a foggiare due mezzi giuridici che, per la più lata estensione, e la nozione meno correttamente definita, molto da quelli si differenziano. Essi sono: il *possessorium ordinarium, seu plenarium*, ed il *possessorium summarium*. Della loro entità e del loro divario trovansi notizie in Richeri, Abecclesia, Menochio, [3] ed altri.

« *Plenarium possessorium illud dicitur quo possessio alicui plene adjudicatur, id est in perpetuum donec adversa pars obtinuerit in petitio.* »

« *... plenas ... probationes possessionis desiderat, cum duo eius extrema sint, nimium longa possessio actoris, et turbatio ex parte rei: atque in eo requiruntur libellus, litis contestatio, plena causae cognitio, et alia solemnia judicii ;* »

« *in beneficiis titulus saltem coloratus requiritur. ;* »

« *... dominii exceptiones in possessorio plenario facilius admittuntur quam in summario ;* »

« *... de petitorio cognoscendum est quoties possessorium absorbet.* »

---

[1] Cfr. POTHIER, *Propriété*, n. 292 e seg.

[2] Cfr. PESCATORE, *Filosofia e dottrine giuridiche*, p. 352 e seguenti, p. 380, 386, 387 e seg.

[3] RICHERI, *Univ. jurisprud.* XII, § 78, e seg., ABECCLESIA, *Observat.* 188 e seg.; MENOCHIO, *Rem. retin. poss.*, III, e seg.

Si scorge, anche solo da questo cenno, come il possessorio plenario possa talvolta assumere l'apparenza e la portata d'una vera azione petitoria. Tant'è, che sulla sua vera entità molto si discute fra gli interpreti.

Lo stesso possessorio sommario può talvolta presentare, sotto un certo riguardo, l'aspetto di una rivendica, o andar congiunto addirittura col petitorio.[1]

Però chi ben consideri il fondo di quelle idee, si può convincere, come ha del resto provato egregiamente il Bruns,[2] che, per quanto vi risulti confusa o modificata la teoria romana, i mezzi giuridici anzidetti rimangono nella loro sostanza possessorii.

Or bene, di fronte alla legge italiana, la quale ha proclamato in questa materia l'assoluta separazione del giudizio petitorio dal possessorio,[3] si dovrà ritenere che quest'ultimo siasi, sebbene in parte, incorporato nel petitorio; o non piuttosto non si vorrà riscontrare in ciò un ritorno alla purezza dei principii romani? e se il possesso e la proprietà riacquistarono di fronte alle nostre leggi la nettezza di separazione, che, contrassegna l'antico sistema, come si potrà ammettere che una questione *possessoria* s'incorpori, sia pure subordinatamente, nel petitorio?

Con ciò si è lungi dall'affermare che il legislatore italiano abbia, quanto alla tutela del possesso, ripristinato nella sostanza gli antichi mezzi dell'*Uti possidetis* e dell'*Unde vi*. L'evoluzione avveratasi del Diritto intermedio, quanto al *possessorium ordinarium* ed al *summarium* vi è anzi rispettata pienamente, ed i suoi portati vi sono accolti in larga misura. Confrontisi l'àmbito latissimo, in cui, secondo legge, dottrina, giurisprudenza, spiegasi oggidì l'azione di reintegra,[4] col concetto antico della *vis*, e la nozione amplissima dello spoglio, come ci pervenne dalla legislazione canonica, applicabile in genere ad ogni diritto, che ammetta la continuazione del godimento,[5] con l'antica *dejectio* ristretta alle cose corporali, e si vedranno subito le risultanze del cambiamento operatosi.

Del pari, per ciò che riguarda il possessorio plenario, non è difficile vedere che larga traccia n'è rimasta nell'azione di manutenzione. Il concetto del possesso oltreannale[6] è affatto estraneo al romano Diritto. Inoltre, là l'interdetto *Uti possidetis* non era che *retinendae possessionis;* vinceva chi riusciva a provare il possesso della cosa *tempore litis contestatae:* oggi l'azione di manutenzione è ad un tempo *retinendae et recuperandae possessionis,*

---

[1] Cfr. RICHERI, loc. cit. § 92. Vi influì sicuramente la non chiara delimitazione che si riscontra a tal riguardo in Dir. germ., come ha notato l'HEUSLER, op. cit. p. 322.

[2] BRUNS, art. citato, p. 63 e seg., p. 85 e seg.

[3] Cod. civ., art. 691, 695, 696; Cod. proc. civ., art. 413, 415.

[4] Cfr. CHIRONI, *Lezioni univ.* citate; RUFFINI, op. cit., p. 451, e autori ivi citati.

[5] La Giurisprudenza è ormai concorde in ammettere che basta, all'effetto della reintegrazione, qualunque possesso anche non legittimo; p. es. nelle servitù discontinue di passaggio, di pascolo, di *aquae haustus*, ecc. Cfr. da ultimo: sent. della C. C. Torino, 22 dicembre 1888; *id.*, C. C. Napoli, 28 aprile 1888; *id.*, C. C. Torino, 11 febbraio 1889. È specialmente notevole la sentenza 28 giugno 1877, C. C. Torino, la quale traccia anche l'evoluzione storica dell'istituto.

[6] Cod. civ., art. 694.

purchè l'azione sia proposta entro l'anno dalla privazione del possesso. [1]

Anche qui con una accurata indagine si possono dai puri elementi romani relativi all'*Uti possidetis*, sceverare gli elementi vari d'origine germanica, che sonosi in Francia sovrapposti e intrecciati con quelli nell'azione di *complainte*. [2] Il possesso di un anno e un giorno è quello stesso che dava luogo alla *recte Gewere* (*vraie saisine*), con effetti petitorii, limitati di poi al riacquisto del possesso, [3] e dal caso di spoglio estesi a quello di semplice molestia. Vi si riscontra la stessa elaborazione, la stessa influenza delle idee germaniche, la quale svolgeva in Italia il possessorio plenario quasi innestato sul concetto romano nell'interdetto *Uti possidetis*, col ritenere necessario a fondare il possesso *civile* la legittimità, e, il più spesso, un titolo *ad colorandam possessionem*, e col supporre la continuazione della *civilis possessionis*, non ostante la perdita della detenzione effettiva. [4]

A queste tradizioni, vuoi italiche, vuoi francesi, si è ispirato il nostro legislatore nel prescrivere le norme per l'azione di manutenzione. Ne' suoi requisiti (possesso annale, legittimo, preferibilmente colorato), e ne' suoi effetti (di ritenzione, o di ricupero), come nella sua particolare funzione (affermazione, *pro tempore*, del *jus possidendi*), nella natura degli atti che vi dànno luogo (implicanti controversia sul possesso), nello scopo infine (preparazione al giudizio di rivendica, continuazione del possesso *ad usucapionem*), è un giudizio, che molto s'approssima al petitorio (possessorio plenario) per quanto si consideri *possessio* di fronte al petitorio portato dalle nuove leggi ad una nozione più netta ed assoluta.

Far rientrare ancora in quest'ultimo la questione del possesso, non sembra pertanto conforme al moderno sistema. Finchè non è trascorso l'anno dal dì della molestia, serve la tutela possessoria: trascorso l'anno, il possessore antico decade per ciò stesso dal benefizio, che gli concede la legge. *Jus civile vigilantibus scriptum est:* e il termine è qui perentorio.

Sembra lecito pertanto ritenere che la base della domanda in possessorio non può eventualmente sorreggere, per sè, anche quella in petitorio. Sono giudizi distinti, con norme peculiari, specie riguardo alla qualità e alla portata delle prove.

VII. — Altri autori cercarono nella stessa legge positiva il fondamento di una presunzione di proprietà derivante dal possesso, all'intento della rivendica. A questa opinione propendono particolarmente quelli, che accolgono le idee di Jhering sul fondamento della tutela possessoria.

Così, il Buonamici sosteneva recentemente [5] che un'azione simile

---

[1] Luparia, *Sullo scopo dell'azione di manutenzione nel possesso annale*, nell'*Archivio giuridico*, XXVII. p 122 e seg.

[2] Confrontisi l'esposizione della storica evoluzione di questo istituto in Molitor, *De la possession*, n. 109 e seg.

[3] Cfr. Ruffini, op. cit., p. 143 e seg.

[4] Cfr. a questo riguardo le dotte indagini di Delbrück, § 19 *Possessio civilis, und die juristische gewere*.

[5] Cfr. Buonamici, *Origine dell'azione Publiciana*, ecc. nell'*Archivio giuridico*, XLIII. p. 242 e seg.

all'antica Publiciana è ammissibile, in Diritto odierno, in base « all'art. 687 del Codice, dove è creata dalla legge una presunzione di proprietà a favore di colui, che ha cominciato a possedere per sè, e che non resta vinto dal possesso più gagliardo, che si trovi per avventura nello spogliatore. »[1]

L'art. 687 si esprime così: « Si presume sempre che ciascuno possieda per sè stesso ed a titolo di proprietà, quando non si provi che abbia cominciato a possedere in nome altrui. »

La parola *titolo*, usata in vario senso così nel Codice francese, come nell'italiano, ha dato luogo anche altre volte a dubbiezze e controversie. Quale ne sarà la portata nella specie?

Nella sua recentissima opera sulla prescrizione, ben dice a questo riguardo il Pugliese,[2] che quell'articolo non si presta a dedurne l'accennata presunzione. « Rettamente inteso, egli osserva, l'art 687 ha un significato ben diverso..... Esso volle con una energica frase stabilire che il fatto materiale della detenzione si suppone accompagnato dall'*animus domini*, non già sancire che il possesso include la presunzione di un titolo legittimo, in virtù del quale si possegga..... Il *jus possessionis* non è simbolo del *jus possidendi*. »

Per verità, nè nell'ordine logico parrebbe potersi vigorosamente dedurre l'accennata presunzione, nè, di fronte al disposto del Codice, è d'uopo riconoscerla. L'art. 685 definisce il possesso in genere, il 686 il possesso legittimo; gli art. seguenti 687, 688, 689 ecc. esplicano le condizioni mentovate nei primi come costitutive del possesso semplice o del prescrittivo. E, dove sarebbe difficile la prova positiva, la legge vi supplisce con presunzioni. Così è appunto dell'*animus domini*, stato soggettivo, che pertanto la legge ritiene esistere (« *ciascuno possiede per sè e a titolo di proprietà* ») fino a prova contraria (*che abbia cominciato a possedere a nome altrui*). Poichè questi due termini si controbilanciano, dal secondo è agevole arguire la portata del primo.

La dizione imperfetta dell'art. 687 è dovuta ad una riproduzione inesatta del Codice francese art. 2230, 2231, dove la frase *a titolo di proprietà* sta in correlazione colla locuzione identica usata in riguardo all'*animus* nel possesso legittimo. Il nostro Codice all'art. 686 ritenne come necessario a tal uopo semplicemente l'*animo di tenere la cosa come propria;* ma per inavvertenza conservò poi nell'art. 687 la locuzione stessa del Codice francese, che pure avrebbe dovuto più correttamente immutare.[3]

Pare intanto che tale articolo non si presti alla riferita interpretazione.[4]

VIII. — Altri autori cercarono la fonte della presunzione di proprietà derivante dal possesso nel sistema dei diritti attribuiti al possessore di buona fede. Tal modo di vedere è notevole partico-

---

[1] Cfr. anche *Archivio giuridico*, IX, p. 400 e seg., ove lo stesso Autore afferma: — il possesso, esteriorità del dominio, fa presumere il dominio. — (p. 410).

[2] Pugliese, *La prescrizione nel Diritto civile italiano*, Torino, 1889, p. 204.

[3] Chironi, Lezioni citate, p. 114.

[4] In fondo sembra dubitarne lo stesso Buonamici, che finisce col richiamarsi di preferenza alla *ratio legis*.

larmente in Troplong,[1] e in epoca più recente in Tartufari, e che del resto ebbe nella dottrina francese ed italiana una tradizione costante.

Sotto tal punto di vista si sostiene l'applicabilità della Publiciana all'odierno giudizio petitorio degli immobili.[2]

« En désespoir de cause — scriveva a tal riguardo Laurent,[3] — on fait appel à l'esprit général de notre législation ; nous répondrons que l'esprit de la loi peut bien nous aider à interpréter les textes, mais il n'a pas la puissance de créer des lois et des principes. »

E però forza riconoscere (specie per la tradizione italiana dai glossatori in poi, di considerare il possesso legittimo come presunzione di proprietà) che questa non può essere così facilmente postergata.

Già sopra si è accennato alla convenienza di ammettere, appunto in base a ragioni storiche, una presunzione di proprietà, a costituire la quale concorra il possesso di buona fede come elemento, sia pure prevalente, ma non unico, nè sempre per sè decisivo.[4] — Non è, per altro, da accedere a quest'ultimo concetto che, per sè, il possesso valga, nel sistema del Codice italiano, a fondare la presunzione di proprietà, benchè questa tesi vanti molti illustri propugnatori.[5]

Sono notevoli, in senso contrario, gli argomenti del Padelletti:[6] « il possesso, egli osserva, se può astrattamente designarsi come la veste e la esteriorità del dominio, è, giuridicamente considerato, qualche cosa di ben diverso; è cioè il *diritto del possesso*, e come tale vien guarentito dalla legge, e nei casi concreti protetto dal giudice, non come l'esercizio di un diritto *diverso* da quello del possesso, ossia a lui superiore. » — « Si pensi per es. alla prescrizione. Essa suppone, secondo il Cod. civ., art. 2106, l'esistenza di un possesso legittimo... : eppure non costituisce alcun diritto *pre-*

---

[1] TROPLONG, *De la prescription*, n. 217 e seguenti.

[2] TARTUFARI, *Del possesso qual titolo di diritti*, I. p. 327 e seg.

[3] LAURENT, VI. n. 169.

[4] È pregio dell'opera notare a questo riguardo che nel maggior numero delle sentenze di Corti italiane o francesi citate dagli autori come esempi di applicazioni della Publiciana (cfr. APPLETON, II. chap. 27 nelle note, *passim*; BREZZO, op. cit., p. 220, n. 1; e *La Giurisprudenza*, 1888, p. 232, nota) altro non si rivela bene spesso che la presunzione accennata nel testo. In tale senso sono abbastanza corretti i principii posti dalla sentenza della Corte di cass. di Torino, 21 dicembre 1876. E, in tali confini, ben può il GABBA chiedere ai sostenitori della contraria dottrina: « Forsechè nel giudizio di rivendica, a differenza di tutti gli altri, l'attore deve accumulare in sè la parte del convenuto..., non solamente dimostrare con prove positive la verità del suo asserto, ma eziandio con prove negative escludere matematicamente la possibilità del contrario ?... » (cfr. *Fòro italiano*, 1888, I. p. 987). Molte delle precitate sentenze si potrebbero giustificare nel senso sovraesposto. Ma occorre rimanere negli accennati limiti; e, particolarmente, si intende escludere:

1° il caso di una contraria risultanza;

2° il caso che il giudice si voglia arrestare, senza più, alla prova del possesso di buona fede.

In tali contingenze non si può dire che militi la presunzione accennata.

[5] Cfr., oltre agli autori mentovati, BUONAMICI, nel cit. articolo pubblicato nell'*Arch. giur.*, IX. p. 426 (.... nella nuova legislazione italiana civile e procedurale, egli scriveva l'idea del dominio presunto.... regge tutto il sistema possessorio), e gli autori ivi citati.

[6] Cfr. il citato articolo del PADELLETTI nell'*Arch. giur.*, XV. p. 37 e seguenti.

*suntivo* a suo vantaggio, può essere ad ogni momento interrotto, anzi non dà al prescrivente alcun diritto *reale*, se non decorso il termine dalla legge prescritto. »

Parimente lo Scotti nega al prescrivente un diritto presuntivo.[1] Così pure nota il Luparia: « ....quando l'azione di manutenzione mirasse a difendere il possesso come presunzione di proprietà, si potrebbe difficilmente comprendere come chi ha un possesso annuale legittimo, e così chi ha un semplice argomento di proprietà potesse essere mantenuto in questo possesso contro lo stesso proprietario, che all'appoggio della sua proprietà, e coi mezzi legali, eleva pretese contro il possessore, ed, in altri termini, come l'apparenza del diritto potesse per sè stessa prevalere anche momentaneamente al diritto medesimo. »[2]

Da ultimo, e più recisamente, il Pugliese ha contraddetto l'idea dell'accennata presunzione derivante, vuoi dal possesso legittimo, vuoi da quello di buona fede.[3] « Per me, egli scrive, nell'usucapione vedo due soli elementi giuridici: possesso legittimo, decorso di un certo periodo di tempo. Gli altri che la legge volle tenere in calcolo dipendono da motivi di natura morale ed economica. »

Per verità gli effetti accordati dalla legge al possesso anche di buona fede si possono spiegare benissimo anche senza ricorrere alla presunzione del dominio civile a quello inerente. La tutela accordata al possessore era già in Diritto romano motivata *hoc ipso quod possessor est;* l'acquisto dei frutti spiegavasi *naturali ratione, pro cultura et cura;* la Publiciana *aequitatis causa quia sane durum erat eo casu deficere actionem;* l'usucapione *bono publico*. Anche l'art. 707 del Cod. ital. si può motivare in base a ragioni di pratica utilità, bisogni commerciali.

Si può ammettere che la legge, col riconoscere dopo dieci anni l'effetto prescrittivo del possesso di buona fede, stabilisca una presunzione assoluta di proprietà a suo favore per evitare ogni ulteriore litigio (*ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia essent*[4]): ma da ciò non deriva anche una *presunzione juris tantum* da ammettersi prima della usucapione compita. Di essa, ad ogni modo, non è cenno nella legge, che anzi, se l'ammettesse in base al possesso, non sarebbe coerente a sè medesima.[5]

Si obbietterà che la maggior tutela accordata al possesso legittimo e al possesso di buona fede è legata a condizioni di durata e di esteriore apparenza, che, in sostanza, conducono a supporre che il possessore sia il vero avente diritto, e che, particolarmente, è accolto nel Codice l'indirizzo storico di tutelare il possesso tanto

---

[1] Cfr. SCOTTI, *Il poss. e la prescr. nel dir. civ. ital. e austr.* nell'*Arch. giur.*, XX. p. 115.

[2] Cfr. il cit. art del LUPARIA, p. 123.

[3] Cfr PUGLIESE, op. cit., p. 192, 203, 479 e. s. Si consulti pure in questo senso MONTAGNE, *De l'action en revendication*, p. 198; BÉLIME, *Possession*, n. 487-492.

[4] L. 1 D. *de usurpation.* Cfr. il mio articolo già citato, n. XXIII. nota 2. (*Arch. giur.*, volume XLIII).

[5] « Nel caso della tutela possessoria, notava il PADELLETTI, loc. cit., p. 38, la legge quando riconoscesse il principio della presunzione della proprietà, ammetterebbe una presunzione legale *assoluta* (*juris et de jure*). Essa non concede, infatti, che nella questione di possesso il convenuto possa portare innanzi la questione della proprietà. »

più efficacemente quanto più spiccate e simili al vero siano le apparenze (cfr. sopra le indagini storiche). — Però, se di una presunzione di proprietà poteva parlarsi nel *possessorium plenarium*, dov'era ammessa la prova del contrario (l'*exceptio dominii*), non sembra logico ritenere quel concetto identico di fronte alla nostra legge, dove quest'eccezione è vietata. Qui sembra più logico il dire che in ogni caso non è tutelata che la realtà oggettiva, fatta piena astrazione dall'esistenza, o no, del diritto. Rimosso l'effetto a volte petitorio, che andava congiunto colla *rechte Gewere*, del Diritto germanico, abbandonato, quanto al possesso di buona fede, il requisito della continuità di quest'ultimo (come volevasi in Diritto canonico), accordata protezione al possesso legittimo e a quello di buona fede per sè, indipendentemente dai vizi del titolo (Cod. civ., art. 701), si può riguardare la nozione del possessore di buona fede, nell'odierno Diritto civile, sotto il punto di vista romano (*qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit*, e quindi *non dominus*). Cfr. art. 701, 2137 Cod. civ.

Non sembrano pertanto neppure accettabili le conseguenze, che da quella presunzione si deducono per l'ammissibilità della Publiciana in Diritto odierno. Tale è il precipuo argomento del Tartufari: « la incoerenza della Publiciana col sistema moderno, egli scrive,[1] si chiarisce di leggieri un sogno, e nulla più. In quella vece ovvio si presenta l'argomentare che, se il giure moderno al titolo apparente e quindi all'apparente proprietà ha dato un assai più largo e liberale svolgimento del giure romano, non che la convenienza, la necessità di allargarne nella stessa misura la protezione, è appieno dimostrata. »

Si può a tali argomenti obbiettare che:

1° negli speciali rapporti fra dominio e possesso non è provato che, nel sistema del Codice, questo sia tutelato come esplicazione, o quale apparenza del primo;

2° Se pure ciò si ammettesse, non sarebbe ancora spiegato il perchè le legge debba tutelare quell'apparenza quando non sussiste più, vale a dire quando il possesso si è perduto per interruzione; o come si possa tutelare in petitorio quello stato di fatto, a cui la legge, scorso l'anno, non accorda neanche più la tutela possessoria.

Il Tartufari presenta questa seconda obbiezione:[1] « Si dirà (egli osserva): come concepite un effetto del possesso di buona fede nel caso ove di possesso si patisca difetto? — rispondiamo: nel modo stesso che i Romani accordarono la Publiciana..... a tutti coloro, che, senza avere il fatto del possesso, avevano il diritto di ottenerlo, perchè di buona fede avevano acquistato. »[2]

Ma, anzitutto, si può sostenere che il possesso della cosa era sempre richiesto per poter più tardi intentare la *Publiciana ordinaria* a fine di riacquistarlo.[4]

---

[1] Loc. cit., p. 332, 333.

[2] Cfr. TARTUFARI, loc. cit., p. 342.

[3] L. 1 § 2, l. 2, l. 7 pr. e ff. 1, l. 12 § 1 D. *de Publiciana*.

[4] Cfr. APPLETON, op. cit., chap. XIII e il mio articolo citato, n. XII. L'Appleton richiede sempre, a quell'uopo, la *traditio* o l'acquisto del possesso. — A me pare che in quei casi, in cui si riscontrerebbe una pura *traditio* senza prova di possesso, vi si dovesse supplire con una apposita finzione (*Publiciana utilis* o *quasi Publiciana*). Cfr. loc. cit.

Inoltre dal sistema formulare romano, e dal *jus praetorium*, in cui poteva trovar posto qualsiasi norma di pura equità, non sembra potersi così direttamente argomentare ad un eguale principio di fronte all'odierno Diritto.

Secondo il Tartufari la Publiciana in Diritto moderno poggerebbe sulla convenienza di *ammettere una prova di probabilità*.[1] « La questione nella presente disputa, egli osserva,[2] non è di prova, è di diritto. Si ha ragione di far valere soltanto il diritto certo? Ebbene, allora si dovrà, si potrà fornire soltanto lo prova di questo, e si eserciterà la sola vindicazione. Si ha invece ragione a far valere anche il diritto più probabile? Ebbene, in tale ipotesi basterà la prova della sua probabilità soltanto, e in luogo della vindicazione si avrà la Publiciana. »

Ma è duopo osservare, che prima di decidere se basti la prova del *diritto più probabile*, ovvero occorra quella del *diritto certo*, è da porre in sodo che occorre in ogni caso per l'attore la prova del suo *diritto*. A tale intento egli può servirsi di tutti i mezzi che gli concede la legge, non escluse le presunzioni.

Ma da quello, che sopra si è notato, pare sia lecito dedurre che, nella specie, la presunzione di proprietà derivante dal possesso non può, per sè, essere accolta.

IX. — Per ultimo, è da prendere in considerazione il tentativo di legittimare la Publiciana in Diritto odierno in base ai principii di ragion naturale. Qui il Pescatore fa prova del suo genio altamente filosofico.[3]

« Il possesso civile, egli osserva, si considera sotto due rispetti: o come atto di appropriazione giuridica, cioè qual presa di possesso valevole all'istante contro chiunque non abbia sopra la cosa un diritto migliore: o come pratica continua e prolungata in relazione ad una presupposta appartenenza di diritto, che pel fatto stesso del suo lungo e pacifico esercizio diventa probabile..... La giurisprudenza civile romana considerava nel possesso di immobili il solo elemento *appropriativo*, trascurato affatto il presuntivo,..... nè altra controversia possessoria si ammetteva, fuorchè *sul possesso attuale*; perocchè, stabilito questo, il convenuto (*possessor*) aveva diritto di ritener la cosa finchè l'avversario (*petitor*) non avesse dato in giudizio di rivendicazione la *piena prova del suo dominio*. — ... ..... io dico, che mantenere a primo tratto, e sino a ragion conosciuta, in possesso colui che possiede attualmente (*tempore litis contestatae*) sta bene; e la ragion naturale approva pure che nel successivo giudizio di rivendicazione (petitorio) si indirizzi la prima e principale ricerca a determinare possibilmente *chi sia il vero ed assoluto proprietario*; ma se nessuno dei contendenti riesce a provar il dominio, la ragion naturale consiglia di aggiudicare il godimento della cosa a quello che abbia fornito prove più certe e caratteristiche di un possesso civile prevalente sulle prove e sul possesso contrario, per più giusta origine, per durata più

---

[1] Pag. 333. Notisi che l'ammessibilità di una prova non è questione formale, ma di Diritto sostantivo.

[2] Pag. 326.

[3] Cfr. PESCATORE, op. cit., p. 367-390.

lunga, per titoli e documenti, e migliore insomma per ogni rispetto di natural giustizia. »

Tale è il concetto, che poi il Pescatore ampiamente svolge in una esposizione elegante e sublime.

Dilettando la prova rigorosa del dominio, sarebbe lecito al giudice, in petitorio, ricorrere alla comparazione dei possessi, e così, in linea subordinata, accordare vittoria a chi dimostri un possesso prevalente per condizioni di origine, di durata e di prove.

È duopo accedere a tale dottrine? — Occorre anzitutto distinguere due casi:

*a*) dietro le accennate prove emerge una presunzione convincente, oggettiva, che il diritto di proprietà realmente sussista presso uno dei contendenti;

*b*) non risulta provato, che un possesso prevalente.

L'elemento presuntivo derivante dal possesso si potrebbe invocare nel primo caso. Occorre esaminare il secondo. Gli elementi, onde l'accennata prevalenza risulta, possono essere di varia natura. La maggiore durata del possesso basterà a ingenerare la presunzione accennata? Il Pescatore osserva appunto che, col decorso del tempo, e la continuazione degli atti di possesso, il dominio diventa probabile. Quale dovrà essere allora tale durata? Basteranno pochi giorni o pochi mesi di più? Non parrebbe razionale. Con quale criterio il giudice dirà: fin qui i possessi sono pari; di qui in là comincia quella prevalenza e quella presunzione?

Il vero si è, che la legge ha essa stessa valutato l'efficacia del tempo, vuoi nel possesso legittimo, vuoi in quello di buona fede, così in possessorio, come in petitorio. Quando la legge accorda la presunzione di proprietà al possesso di buona fede esercitato da dieci anni sulla cosa, non intende già affermare che allo scoccare dei dieci anni si operi un cambiamento magico, bensì porgere in proposito una regola fissa e costante, che non dipenda dal mutabile ed arbitrario apprezzamento del giudice. — Con ciò appare intanto escluso che si debba, prima di quel termine accordare alla durata del possesso una eguale o simile efficacia.

Quanto alla prevalenza per origine di possesso, e, notevolmente, per la produzione di un titolo d'acquisto, che manchi all'avversario, (escluso sempre il caso che, secondo ragione e legge, vi si debba annettere efficacia probatoria, almeno fino a prova contraria), quella per sè nulla prova « .... lorsque vous venez me dire que vous êtes muni d'un acte constatant que telle personne a consenti une aliénation à votre profit, — osservava assai acconciamente il Montagne, [1] — je me garde bien de nier l'existence de ce fait, mais je réponds que la convention intervenue m'est absolument indifférente, et que j'exige de vous la preuve de votre droit, exactement comme je l'exigerais de votre auteur. » [2]

Così la legittimità del possesso in confronto di un possesso semplice, la buona fede, e simili altri aggiunti, saranno un prezioso

---

[1] MONTAGNE, *De la revendication des immeubles*, Poitiers, 1879, p. 224.

[2] Spiacemi di non trovare la contraddizione categorica a queste osservazioni in APPLETON, che pure ne combatte la portata. V. vol. II. p. 349 e seg.

criterio equitativo: ma non hanno, per sè, la virtù di derogare al principio « *actore non probante reus est absolvendus.* » [1]

Soprattutto, nel sistema del Pescatore sembra trascurato un elemento, il possesso attuale del convenuto. Si capirebbe, a parità di cause e di ragioni, che il giudice facesse appello ad elementi anche solo indiziari; ma il convenuto *hoc ipso quod possessor est* ha *plus juris* che non l'attore. Come far precedere a questo diritto certo un elemento vago di probabilità, a cui, secondo legge, non si può riconoscere valore di prova?

Si scorge però intanto che v'è un particolare aspetto, sotto cui è pregevolissima la dottrina del Pescatore, cioè in un genere particolare di rapporti, a cui l'illustre autore volle appunto accomodarla. [2]

È a notare che, nella pratica, non è frequente il caso che si discuta sulla proprietà di lati poderi, specialmente se destinati alla coltura: in tali casi il possesso decennale (ed anche il trentennale) è quasi sempre certo, o facilmente accertabile. Piuttosto suolsi contendere su piccole striscie di terreni, la cui proprietà, e il cui possesso non bene si possono discernere. Appunto, giova la teorica del Pescatore «.... in occasione del regolamento di confini, dove l'incertezza e la contraddizione dei rispettivi possessi e dei rispettivi titoli sospingono quasi sempre la controversia (in difetto di una linea divisoria apparente e stabile) nel dominio delle probabilità. » [3] Inoltre « disputandosi di un terreno a boscaglia od a pascolo lasciato per lungo tempo incolto, e non avendo nessuno dei contendenti nè possesso, nè titolo certo, in mancanza di prove certe e legali, non si discende forse alle prove conghietturali, anche all'infuori di ogni regolamento di confine? [4] »

Qui, certo, gli elementi di probabilità, anche puramente indiziari, diventano un prezioso criterio (perchè unico) pel giudice. Qui, si, rimossi i riguardi schiettamente giuridici, è forza che la controversia trovi la sua soluzione in argomenti di ragion naturale, e di più spiccata verosimiglianza. Ma questo è un giudizio, che per le sue peculiari condizioni (mancanza di possesso nel convenuto) notevolmente si discosta da quello conosciuto generalmente come azione in rivendicazione. La pratica dei tribunali l'ha denominato « *giudizio per dichiarazione di proprietà* » ed ha applicato al medesimo le sovraccennate norme, [5] che, nella specie, sono pienamente ammissibili.

---

[1] Questi principii sono accolti dalla giurisprudenza. Cfr. sent. C. C. Torino 13 giugno 1864, (V. il periodico *La giurisprudenza*, anno 1864 p. 183), id., 6 marzo 1871 (id., XI. 403), id., 13 settembre 1884, 18 giugno 1887 (id., XXIV. 464); Lucca, 14 dicembre 1870 (Ann. IV. 2. 607).

[2] PESCATORE, loc. cit. p. 387.

[3] Non si confonda l'azione per regolamento di confini (divisione della cosa comune), o quella di *Stabilimento dei confini* (Cod. civ., art. 441) con l'azione di *rivendicazione*, che nasce in occasione di quest'ultima, o in genere quando è contestata la proprietà di una striscia di terreno intermedia ai due fondi. Cfr. CHIRONI, *Istituz. di dir. civ.*, Torino 1888, I. § 145. Una esatta delimitazione delle azioni accennate si trova in MONTAGNE, op. cit. p. 136 e seg.

[4] PESCATORE, p. 389.

[5] Sent. C. C. Firenze, 18 gennaio 1869 (Ann. III. 1. 37), C. C. Torino, 28 maggio 1873, 30 novembre 1882, 29 gennaio 1883, 9 febbraio 1884, 30 giugno 1887, 12 agosto 1887, (V. *La Giurisprudenza*, 1888, p. 232, in nota, e fonti ivi citate). Quanto alle differenze tra az. di rivend., e az. per dichiar. di proprietà, V. *La giurispr.*, XX. p. 205, XXI, 204, XXII. 700.

X. — Si raccoglie da quello, che si è detto fin qui, che i vari concetti per legittimare in Diritto civile l'applicabilità di un'azione simile all'antica Publiciana ancora non si possono considerare all'uopo sufficienti.

Altri autori (Aubry e Rau in Francia, Pacifici-Mazzoni in Italia) [1] hanno proclamato il principio che tutto si riduce ad una questione di prove, ammettendo poi nel fatto l'azione Publiciana, che avevano respinto nominalmente, riconoscendo cioè provata la proprietà in base a un possesso prevalente per titolo, origine e durata. Cosicchè, dall'un lato l'Appleton potè considerare tale sistema come prossimo a quello dei sopra esaminati, [2] dall'altro lato, Laurent lo respinse come tutt'uno con quest'ultimo. [3]

In contrapposto agli scrittori fin qui esaminati, se ne annoverano parecchi, i quali hanno affermato il principio della necessità di una prova rigorosa della proprietà nel giudizio di rivendica. [4] Altri si sono limitati ad affermare il principio che la Publiciana non è più ammissibile nell'odierno Diritto.

XI. — Che si dovrà ritenere in proposito?

Rimossa l'applicabilità della Publiciana quale concepivasi in Diritto romano (attore *non dominus, bonae fidei emptor*), chè non sarebbe tal norma equitativa più compatibile coll'odierno sistema, [5] — sembra pericoloso voler fissare una norma impreteribile, caso per caso, sull'ammissibilità di una presunzione di dominio in base al possesso più antico, o meglio colorato. La proprietà, considerata come un diritto, non è il frutto di una astrazione; non si può arguire che dai fatti, e dagli indizi apparenti. La legge stessa la riconosce provata in base al fatto del possesso prescrittivo continuato per un dato tempo, o sopra semplici segni esteriori; [6] la prova medesima del possesso, e della sua durata, è facilitata dalla legge con una serie di presunzioni. [7] E la ragion naturale, le tradizioni giuridiche, la logica del Diritto probatorio, altamente reclamano l'ammissibilità di ogni genere di prova (tra cui stanno le presunzioni *hominis*).

L'apprezzamento di queste, il vedere se ne concorrano i requisiti voluti dalla legge, è devoluto al sovrano criterio dell'autorità giudicante. Non si potrebbe esigere la conculcazione delle ragioni di giustizia, che ovvio sia di presumere, per la pedantesca ragione che l'attore non abbia nella specie fornita la prova matematica del suo diritto.

---

Le presunzioni sarebbero poi ammissibili in modo più lato, quando sulla proprietà non vertesse la questione principale (Sent. C. app. Torino, 17 giugno 1870; C. C. Torino, 21 dicembre 1876; Codicis Fabriani, *defin.* citata); oppure, s'intende, per chiarire la portata dei titoli.

[1] AUBRY e RAU, II. § 219, PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni*, II. p. 42 e seg.

[2] APPLETON, II. p. 377.

[3] LAURENT, loc. cit., n. 169.

[4] Cfr. particolarmente Laurent; MONTAGNE, che passa in rassegna le varie ipotesi argomentando strettamente dall'accennato principio. V. op. cit., p. 216.

[5] V. sopra, e il mio lavoro già citato sulla « *Rei vind. utilis* », p. 214 e seg.

[6] Cfr. Cod. civ., art. 546, 547, 565, 566, ecc.

[7] Cod. civ., titolo *del possesso*.

Ma, in principio, e per la pericolosità eventuale della sua troppo sicura e troppo logica applicazione, non è da ammettere che, fallita la prova del dominio in petitorio, la controversia debba risolversi in base *alla comparazione dei possessi*, o alla esistenza di un nudo titolo.

« Se ciò fosse, ben osservava il Molitor, e ripeteva il Montagne, [1] l'attore, per isbarazzarsi della prova e caricarla all'avversario, non avrebbe che a colludere con un terzo, che gli farebbe la cessione dei suoi pretesi diritti di proprietà, e colui, che si presentasse con un titolo di tal forma dovrebbe trionfare nel giudizio di rivendica, se il convenuto non provasse che il cedente non era proprietario. » [2]

S'aggiunga che l'anteriorità del possesso, per sè, non è che un indizio; non ne prova la legittimità, vale a dire il buon diritto. — Epperò neanche i due elementi riuniti, titolo e possesso anteriore, si possono ritenere all'uopo sufficienti.

Pertanto quando la Corte di Genova [3] afferma che basta a quell'intento « la prova di un possesso anteriore basato su giusto titolo, » proclama un principio, che nella sua astratta generalità non può essere accolto a lume di logica giuridica, per quanto possa, in pratica, tenuto conto degli aggiunti molteplici, apparire nei casi singoli non dissonante.

Che se dagli atti del giudizio risulti la possibilità, non la presumibilità, che l'attore sia proprietario della cosa, egli dovrà per logica necessità, di fronte ai principii della nostra legge, soccombere, anche se la contraria sentenza apparisse più equa, non vantando il convenuto altro che la nota massima « *possideo quia possideo.* » L'attore *imputet sibi* di non avere per tempo agito in possessorio, o di non essersi assicurato che l'autore suo era il vero *rei dominus*, in base ad argomenti sicuri (il possesso decennale di buona fede, o il trentennale). [4] È duopo aggiungere che questo caso (incertezza del possesso decennale, o trentennale) è abbastanza infrequente in tema di immobili.

La ragione precipua alla quale si appoggiano i sostenitori della contraria dottrina è derivata da argomenti di equità, di pratica convenienza. Per altro, provare che una norma è *equa* non equivale ad assodare che sia parimente *giusta;* e il giudice non può uscire dai limiti tracciati dalla legge.

Si tenga, del resto, presente, come, col principio che domina la Publiciana, si potrebbe, a volte, proteggere la frode di un titolo simulato.

E si noti poi che l'azione di manutenzione, la quale per gli im-

---

[1] Cfr. MONTAGNE, op. cit., p. 77.

[2] Perciò la giurisprudenza ha ribadito il principio che il titolo dell'attore è insufficiente contro il possesso anteriore del convenuto. V. C. C. Torino, 12 luglio 1878; C. C. Firenze, 19 luglio 1875; C. C. Torino, 4 aprile 1877; Genova, 9 dicembre 1878; C. C. Torino, 17 settembre 1881; id. 12 agosto 1887; Roma, 24 maggio 1887. Cfr. *Ann. di Giur.* IX. 1. 421; *Eco di Giurispr.*, III. 1. 15; *La Giurispr.* XIV. 579, XXI. 273, XXIV. 710 e nota; *Fôro italiano*, XII. 1. 239.

[3] Sent. 9 dicembre 1878, citata dal Buonamici, p. 252.

[4] Questo è per vero il costume dei compratori di immobili.

mobili ampiamente estende l'antica tutela possessoria,[1] e particolarmente l'art. 707 del Cod. civ. in tema di mobili,[2] come pure le presunzioni, in fatto di possesso, o di proprietà, nel moderno sistema più largamente ammesse, vengono a riassumere in certa misura, il còmpito, che a quell'azione era riservato.

È vero però il dire, che, secondo il sistema sovra esposto, non basterebbe, in tema di immobili, la prova del puro possesso di buona fede, e tal còmpito essenziale della Publiciana resterebbe, in questa parte escluso.

Ond'è che l'Huschke[3] rimprovera le moderne leggi di *vandalismo* per aver trasandati i principii, che si collegano a quell'antico giudizio, e l'Appleton propone con calore un salutare ritorno alle tradizioni romane.[4]

Ma, senza riandare qui le imperfezioni molteplici, che già si lamentano a questo riguardo in Diritto romano, ed i maggiori difetti, che deriverebbero dal bisogno di restringere quel complesso di norme in una o poche formole, basti osservare che il principio della Publiciana, tutto equitativo, richiederebbe, per la sua stessa natura, il pieno arbitrio del giudice, per apprezzare la varietà delle specie, ed evitare di contradire a volte apertamente quelle ragioni di convenienza, onde appunto ebbe radice.[5]

Non si esclude l'utilità di una norma del genere *de jure ferendo;* ma si osserva che la legge dovrebbe in questo caso riconoscere il difetto della sua forza generalizzatrice e rimettersi, come in altre occorrenze ha fatto, all'*equità naturale*[6] nel che il giudice otterrebbe, per natural conseguenza, una maggior latitudine di apprezzamento.

Intanto però, nell'attuale sistema, finchè non è provato il diritto del rivendicante, si deve tenere nel debito conto il possesso del convenuto, e a lui accordare vittoria giudiziale. Chè, anche oggi, il possesso, se pur non si voglia ritenere come un diritto, è però da riguardare come un istituto, che la legge considera degno, per sè, di tutela fino alla prova di un diritto contrario.

E quindi la Publiciana si deve ritenere, nella sua speciale funzione, quale appare in Diritto romano, inammissibile, sempre però cogli accennati correttivi in ordine alla presunzione di proprietà

---

[1] Cfr. sopra le indagini storiche.

[2] Pei mobili non ogni possesso vale titolo, sibbene quello di b. f. Per dirla col TARTUFARI (la cui costruzione teorica è però in alcuni punti discutibile) « occorrono tre elementi, possesso, terzo, e buona fede per produrre l'effetto stesso del titolo. » (op. cit., p. 58) Notevolmente, non ha titolo il possessore *a quo*. Onde contro di lui potrà sempre ancora rivolgersi il precedente possessore di buona fede.

Per tal modo l'art. 707 viene quasi ad equivalere ne' suoi effetti pratici all'azione Publiciana particolarmente rivolta alla protezione delle cose mobili, come ho già altra volta accennato. (Cfr. il citato articolo nell'*Arch. giurid.*, nota ultima del mio scritto).

[3] HUSCHKE, *Das Recht der Publicianischen Klage*, p. 124.

[4] APPLETON, II. in fine.

[5] A Roma valse all'uopo l'amplissima autorità pretoria.

[6] Cfr. per es. art. 463, in materia d'accessione, art. 570 in materia d'acque, ecc.

Il carattere *relativo* (*jus potius*) richiede un apprezzamento delle condizioni specifiche. Ond'è che la Publiciana mal si lascierebbe includere nelle sfere del vero e proprio *jus*.

V. BREZZO, *Rei vind, ut.*, p. 29. Cfr. DELBRÜCH, § 3, 4; FÖRSTER, *Theorie und Praxis des heut. gem. preuss, Privatr.*, III. § 164, e autori ivi citati.

che si colleghi eventualmente col possesso, secondo il Codice civile italiano.

XII. — Questa tesi sembra, anche più decisamente sostenibile in tema di servitù, poichè, fino a che questa non risulti provata, vi osta il diritto di proprietà del fondo, che si deve presumere libero, essendo il dominio assoluto di sua natura, fino alla prova di un contrario diritto.[1]

S'aggiunga che le civili convenienze, per una parte, spiccatamente reclamano la maggior possibile libertà dei fondi, eccettuato il caso di contraria necessità, o provata utilità per fatto dell'uomo elevata a diritto (servitù legali, contrattuali, ecc.: come deroga al carattere assoluto del dominio, esigono una interpretazione stretta); per altra parte, consigliano di favorire quei rapporti molteplici, che derivano da vicinanza, famigliarità, tolleranza, amicizia, onde traggono motivo così svariate, prestazioni vicendevoli fra i proprietari confinanti. Occorre non turbare quella armonia ed utilità, nella sua piccola entità considerevolissima per la sua frequenza, col pericolo continuo che l'*usucapione* compiuta venga a imporre a quelle facoltà il carattere obbligatorio di diritti acquisiti, e, peggio ancora, che la semplice *condilio usucapiendi* (azione *quasi Publiciana*)venga a fondare essa stessa la pretesa del diritto. Occorre non lasciare così facile campo a prevalersi della debolezza, o indolenza, o ignoranza, o timore, o assenza dei proprietari per vantare sui loro poderi diritti reali, che costituiscono un peso perpetuo.

XIII. — Tali furono probabilmente le considerazioni, che ispirarono a Roma la legge *Scribonia*, la quale tolse la potestà di usucapire le servitù, senza escludere per altro l'usucapione della libertà:[2]

« *Libertatem servitutum usucapi posse, verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute.* »

Sembra però che questa legge sia lentamente caduta in desuetudine, perchè invalse di riconoscere e proteggere il lungo uso di una servitù, come se fosse stata realmente costituita *jure civili*, con un'*utilis confessoria actio*. Tal principio è particolarmente affermato dal giureconsulto Ulpiano: « *Traditio plane et patientia servitutum inducet officium praetoris.* »[3] E la legislazione giustinianea tornò ad affermare il principio della loro usucapibilità.[4]

---

[1] Vi fu, a questo riguardo, oscillanza nella dottrina, specialmente tedesca, quanto alla prova, che deve fornire l'attore, proprietario d'una cosa, che contesta l'esistenza dell'altrui servitù (*actio negatoria*). Ma è decisamente prevalsa l'opinione che basti a quell'intento la prova del diritto di proprietà per parte dell'attore. Cfr. VANGEROW, *Pand.*, § 353, Anm. 2; WINDSCHEID, *Pand.*, § 198, n. 15, 16, ed autori ivi citati. Quest'ultimo osserva come l'accennata norma non deriva da una presunzione, per dir così, statistica, che la servitù si debba preferibilmente ritenere non esistere, ma dall'idea del dominio, che esclude ogni altrui diritto. — Ad ogni modo, è esclusa la presunzione in favore della servitù; se ne richiede la prova categorica.

È poi indifferente che l'attore possegga, o no, la servitù, perchè non trattasi ivi del fatto, sibbene del diritto di possederla. Cfr. PACIFICI-MAZZONI, *Serv. pred.*, p. 327, MOLITOR, n. 135.

[2] L. 4 § 29 D. *de usurpationibus*, 41, 3; l. 14. D. *de servit.*, 8, 1.

[3] L. 1 § 2. *De serv.*, D 8, 3; l. 10 pr. D., *si serv. vindic.*, 8, 5; l. 6 § 3 D., *de itin. actusque priv.*, 43, 19; l. § 2, D., *de aqua et aquae pluv. arc.*, 39, 3; l. 25 § 7 D., *de usufructu*, D. 7, 1.

[4] L. 12 § 4. Cod., *de praescriptione longi temporis decem vel viginti annorum*, 7, 33, « *eo-*

Appunto in base alla *quasi traditio servitutis* (*usus servitutis*, *patientia*)[1] venne anche prima di Giustiniano ammessa l'azione *quasi Publiciana* in tema di servitù.[2] Se questa fosse concessa solo per rimediare alla mancanza della forma solenne della *mancipatio* o della *in jure cessio*, ovvero al difetto del dominio nell'alienante, e nell'acquirente della servitù, è dubbio.[3] Pare tuttavia che anche in base alla citata l. 11 § 1, si possa ritenere, avere il giureconsulto Ulpiano accennato alla seconda opinione, parlandosi nel testo dell'editto, da lui riferito alla l. 1, *ibidem*, di acquisizione *a non domino*.

Condizione della Pubbliciana e dell'usucapione era il possesso. Come concepire il possesso di servitù, diritto incorporale? e quale sarà la natura della *quasi possessio*?[4] aderirà essa alla nozione ed alle norme della *possessio rei*, od avrà regole particolari? e in quale rapporto starà con quest'ultima? — La decisione di tali questioni ha importanza per fissare storicamente il concetto della servitù, e gli elementi suoi costitutivi all'intento della prescrizione, e degli interdetti *veluti possessoria*,[5] concetto che, ampliato dalla pratica del Diritto intermedio,[6] prese posto nella nostra legislazione civile.[7]

È una questione molto ardua quanto al Diritto romano. Pare che il concetto antico della servitù non fosse ivi quello di un *jus in re aliena*, sibbene un vero diritto proprio, paragonabile al dominio, e per cui l'antica *confessoria* doveva intendere a *ex jure Quiritium meum esse*.[8] La distinzione venne fatta più tardi, osservando che, « *Servitutes praediorum rusticorum, .... incorporales sunt ..... vel ..... tales sunt servitutes ut non habeant certam continuamque possessionem.* »[9] L'antica nozione si ritenne, ma limitandola nella sua portata (es. colla legge Scribonia); e si differenziò l'*usus* e la *patientia* della servitù dal vero possesso e dalla *vera traditio* appellando quelli coi nomi di *quasi-possessio*, *quasi-traditio*, e non più *rei* ma *juris*; e la *longa quasi possessio* fu considerata come efficace ad esonerare il possessore della servitù dal *docere de jure*.[10] I Romani non ammisero quindi nell'esercizio della servitù un vero possesso, ma un istituto affine, accordarono

---

*dem observando, et si res non soli sint, sed incorporales, quae in jure consistunt, veluti usus-fructus et ceterae servitutes.* »

È viva, quanto al Dir. rom., la disputa sulle condizioni richieste a tale intento. Cfr. WINDSCHEID, § 213 e p. 6, 7; ELVERS, *röm Servitutenlehre*, p. 740 fg. e autori ivi citati.

[1] L. 20 D. 8, 1.

[2] L. 11 § 1. D., *de Publiciana*. Si disputa sulla concezione della relativa formola. Cfr. APPLETON, I, Chap. IV, e il mio articolo sovra citato, n. VI; recentemente lo SCHULIN, *Gesch. des röm. R.*, p. 319 si è dichiarato per una *Publiciana in factum*. È una ipotesi possibile, ma non provata, soprattutto come esclusiva, o come rispondente alla dizione del citato paragrafo.

[3] Cfr. WINDSCHEID, § 217 n. 9.

[4] Cfr. i testi sopra citati.

[5] L. 20 D. 8, 1.

[6] V. RUFFINI, *l'actio spoli*, p. 261.

[7] Cod. civ., art. 685, 686, 694, 695, 629, 630, 631, ecc.

[8] Cfr. il penetrantissimo lavoro del VOIGT, *Ueber den Bestand und historische Entwickelung der Servituten, und Servitutenklage*, p. 20 e seg.

[9] L. 14 D. *de servitutibus*, 8, 1.

[10] L. 10 D. 8, 5.

a loro tutela *actiones utiles*, ed *interdicta utilia*, come in altri casi avevano, per es., mancando il dominio, ammessa nondimeno l'*utilis rei vindicatio*. Così fu introdotta per la servitù la quasi *Publiciana*. — Ma intanto questo è a notare, che il concetto vero e proprio del *possesso di un diritto* non sembra romano: tra *possessio rei* e *juris quasi possessio* v'è affinità, analogia, ma non stretta aderenza.

La portata di queste considerazioni sta in osservare, che, se il possesso di un diritto non è che un concetto *assimilato* alla *possessio rei*, non si devono riguardo al primo accogliere tutte le conseguenze, che si ricollegano al secondo. Anche oggi, per quanto l'evoluzione in ordine al possesso abbia ormai sanzionata la massima, accolta del resto nel Codice italiano, che il *possesso è l'esercizio di un diritto*, è sempre pericoloso l'argomentare strettamente da tal norma, senza por mente alla sostanziale differenza tra l'insistere sopra una cosa con padronanza piena (dominio), e l'esercitarvi solo alcuni atti. Occorre por mente a che il punto ove tali possessi collimano, sta nella *esteriore apparenza* del diritto, e solo in base a questa vuolsi argomentare per gli speciali effetti del possesso.

I risultati di questa teorica furono in parte accolti dalla pratica del diritto intermedio, ove gli effetti, che dal possesso dimanano, non furono così facilmente riconosciuti al *quasi possesso* delle servitù:

« .... *aliquando in servitutibus*, scrive il Richeri,[1] *possessionem trium annorum non sufficere ad obtinendum interdictum uti Possidetis, si vel de titulo non constet, vel titulus excludat animum possidendi jure servitutis* .... »

« ..... *unaquaeque res in dubio libera praesumatur* ; .... *probatio servitutum asserenti incumbit, nec ex domini scientia et patientia satis inducitur servitutis praesumptio.* »

Così dicasi del Diritto consuetudinario francese, dove molte coûtumes respingono assolutamente la prescrizione come modo d'acquisto della servitù, sebbene col possesso di cento anni, proclamando il principio « *nulle servitude sans titre* »; altre l'ammettevano solo per alcune. Così, nei paesi di Diritto scritto si riconosceva la prescrizione delle servitù continue solo in trent'anni, richiedendo prescrizione immemoriale per la discontinua.[2]

Da noi, anteriormente al Codice sardo richiedevasi un possesso immemoriale per l'acquisto delle servitù discontinue. — Il progetto del Codice civile francese eliminò la prescrizione, anche immemoriale, delle servitù non apparenti, o discontinue. — Il Codice Albertino ritenne la prescrittibilità della servitù discontinua di passaggio per virtù del possesso immemoriale.[3]

---

[1] RICHERI, *Univ. jurispr.* XII. § 92.

[2] V. *Coûtume de Paris*, art. 186, *de Normandie*, art. 607, *de Lorraine* tit. XIV; POTHIER, *Coûtume d' Orleans*, t. XIII. n. 5, 10 e art. 225; TROPLONG, *Prescr.*, n. 856 seg.; MERLIN, *Serv.* § 20 seg.; MALLEVILLE, art. 690, 691; DEMOLOMBE, XII. p. 261, n. 767, MOLITOR, *De la poss., de la Publicienne, et des servitudes*, loc. cit.

[3] La legge transitoria 30 novembre 1865 art. 21 stabiliva: « Le servitù discontinue, sieno o non sieno apparenti, le quali al giorno della attuazione del nuovo Codice sono state acqui-

Più decisamente il nostro Codice civile vigente ha rimossa la prescrittibilità delle servitù discontinue o non apparenti, non ostante un possesso anche immemoriale.[1]

XIV. — Si è molto dibattuta la questione se il titolo *a non domino* valga a rendere prescrittibili le servitù non apparenti o discontinue.

In Francia, dove è viva tale controversia, gli scrittori, che sostengono l'affermativa, hanno fatto appello alle antiche consuetudini, secondo le quali ammettevasi la prescrittibilità delle servitù discontinue, allorchè si fondavano sopra un titolo colorato,[2] osservando inoltre, che questo purga la precarietà, che le affretta, e facendo appello all'art. 691 del Cod. franc., ove quelle servitù si riconoscono validamente costituite in base a un titolo, che appunto si avrebbe nella specie.[3]

Fu osservato in contrario che allorchè la legge parla di titolo, non può aver riferimento, che a titolo valido, concesso cioè dal vero proprietario del fondo servente, poichè in caso di concessione *a non domino* sarebbe una incongruenza il dire che la servitù si *acquista per titolo*. Si noti che il titolo non purga la precarietà: il proprietario può sempre dire che usò tolleranza. « Rien ne serait plus inique et plus dangereux (nota Demolombe) que cet effet d'interversion de possession qu'on voudrait attribuer à un titre, qui lui (al proprietario del fondo dominante) est étranger. »[4][5]

Questa opinione sembra preferibile, e fondata così sulla lettera della legge, come sul suo spirito di convenienza pratica sopra accennato, e, particolarmente, consentanea alla natura del *quasi-possesso* con esatto ponderamento delle condizioni della specie.

Certo, non mancano eleganti argomenti alla contraria opinione. All'intento della prescrizione, si è detto, è duopo anche per le servitù il possesso legittimo, e quindi la sua continuità. Ma il carattere di *continuità* della servitù non risponde alla *continuità* del possesso, giacchè stando a questo si potrebbe avere il possesso continuo di una servitù discontinua. Epperò il possesso legittimo da sè *solo* non *basta* a stabilirla; ma vi può contribuire col concorso di un titolo.[6]

---

state col possesso secondo le leggi anteriori, sono conservate. » Onde si potrà tuttodì rivendicare una servitù di passaggio acquistata per prescrizione anteriormente all'attuazione del presente Codice, ove sussistano le condizioni volute dal Codice Albertino. Si consultino a questo proposito le note molte accurate del periodico *La Giurisprudenza*, 1886, p. 468, 1887, p. 240.

[1] Cod. civ., art. 629, 630.

[2] Art. 271, de la Coûtume de Bretagne, POTHIER, *Introd. au tit. XIII de la Cout. d'Orleans*, num. 8; DUNOD, *Praescr.*, p. 292

[3] MALLEVILLE, art. 691; TOULLIER, II. 629; PROUDHON, *Usufr.*, VIII. n. 3529; BÉLIME, *Poss.*, n. 258 e seg.

[4] Si noti a questo proposito che neppure la trascrizione del titolo sarebbe sufficiente a purgare la precarietà del possesso. « Non è vero, ben notava recentemente ad altro riguardo il PUGLIESE (op. cit. n. 128), che la trascrizione dia facile e pronta notizia dei trapassi della proprietà, ed in conseguenza del possesso, a chiunque vi abbia interesse. Per dir ciò bisogna dimenticare tutta la struttura del sistema attualmente vigente, il quale intesta i trapassi non ai fondi, ma agli alienanti. »

[5] DEMOLOMBE, XII. p. 267 e seg.; LAURENT, VIII. n. 196 e autori ivi citati.

[6] Sono le ragioni addotte dal mio illustre maestro, il CHIRONI, nel suo succosissimo e rigorosamente scientifico trattato di *Istit. di Dir. civ. it.*, Torino, 1888-89, I. p. 274, 275.

Sembra però che un titolo per sè non efficace non possa rimediare al difetto della continuità o dell'apparenza della servitù, che pure sono richieste dall'art. 629 all'effetto della prescrizione. Basti però avere esposti *hinc inde* gli argomenti contrari.

XV. Una seconda questione sta in vedere se si possa riconoscere come validamente costituita per destinazione del padre di famiglia anche una servitù discontinua. L'affermativa parrebbe esclusa dalla lettera e dallo spirito degli art. 629 e 630.

Ma la tesi contraria fu sostenuta da autori e giudicati[1] con dire che l'art. 632 non fa distinzione al riguardo, che l'art. 630 esclude la prescrizione, non la destinazione del padre di famiglia, e che non la sola destinazione per sè, ma il silenzio tenuto dalle parti nell'atto di separazione ha il valore di titolo.

Si è opposto che argomentare da ciò, che nell'art. 630 è solo rimossa espressamente la prescrizione in base al possesso, alla potestà di costituire una servitù anche discontinua per destinazione del padre di famiglia, è un manifesto abuso dell'argomento *a contrario;* — che l'art. 630 ha due parti, e nella prima s'ammette *solo* la costituzione di quel genere di servitù per *titolo*, escludendo così manifestamente la destinazione del padre di famiglia (art. 629); — e che è una sottigliezza il dire che il titolo sta nel silenzio: un titolo che tace non può essere eretto a costitutivo di una servitù.

Anche qui ne pare preferibile la seconda opinione, e ritenere cioè che per le servitù discontinue la destinazione del padre di famiglia non può essere titolo, nè per sè costitutivo, nè atto a rendere prescrittibile la servitù.[2]

Sembra che per tal modo si tenga in maggior conto la qualità speciale del possesso delle servitù, *juris quasi possessio,* che per quanto unificato nel Codice civile colla nozione della *possessio rei,* non può non ritenere un colore ed una portata alquanto diversa.

XVI. E parimente la giurisprudenza non accettò in tutto il suo rigore la massima che il *possesso e l'esercizio di un diritto,* per ciò che si attiene agli effetti, che al possesso vanno congiunti; ma, in tema di servitù, ha richiesto sempre qualche più notevole esteriore apparenza.

Così è giurisprudenza costante che « ....non si ha per legalmente radicata l'azione di *reintegrazione,* salvo si giustifichi un possesso avente per lo meno i caratteri esteriori del godimento di un diritto, e non del godimento di un vantaggio non implicante veruna obbligazione per parte del convenuto »[3]

Così, dottrina e giurisprudenza non ammettono la manutenibilità delle servitù discontinue, o continue non apparenti, quando anche vengano esercitate per mezzo di opere visibili e permanenti. Note-

---

[1] Cfr sentenza della Corte di cass. di Firenze, 8 marzo 1886, colla nota della *Giurisprudenza*, 1887, p. 341 e seg., ove se ne combattono gli argomenti. Cfr. Corte di cassaz. di Torino 29 gennaio 1869, e 21 maggio stesso anno, 28 gennaio 1874, Corte di cass. di Firenze 5 marzo 1877, Corte di cass. di Torino 17 marzo e 29 marzo 1886.

[2] La giurisprudenza della Corte di cass. di Torino è costante in questo senso. Cfr. loc. cit., colle sentenze ed i riferimenti agli autori ivi indicati.

[3] Sent. Corte di cassaz. di Torino, 3 maggio 1889. Così già Corte di cass. di Torino, 14 agosto 1888, 9 agosto, 25 ottobre stesso anno.

volmente, non si è ammessa la manutenibilità delle servitù di passaggio sebbene sussistano a prova della medesima ponti, scale, porte, ecc., anche permanenti.[1]

Si confrontino anche le sentenze sopracitate in tema di prescrizione non ammessa per le servitù discontinue o non apparenti e non ostante titolo, o destinazione del padre di famiglia.[2]

XVII. Venendo alla servitù, per cui è ammessa la prescrizione, sarà a tal uopo necessario il decorso d'anni trenta, o si potrà ammettere il termine più breve d'anni dieci, quando concorrano gli estremi voluti dall'art. 2137? — È questione molto controversa.

Il Codice lascia luogo a gravi dubbi in proposito, perchè per una parte, all'art. 629 afferma il principio che le servitù continue ed apparenti si stabiliscono colla prescrizione di trent'anni; per altra parte, l'art. 2137 accorda il benefizio della prescrizione decennale a chi acquista in buona fede un immobile, o *un diritto reale sopra un immobile*.

Il dubbio si manifesta così grave, che alcuni autori non si peritano di riconoscervi *una reale ed invincibile antinomia*.[3]

La questione è parimente controversa secondo il Codice francese, ove l'art. 2265 (corrispondente all'art. 1237 del Cod. civ. it.) parla solo di *immeuble*; onde prevalse l'idea negativa. Altri però, osservando che l'art. 526 considera la servitù come un *immeuble*, sostennero l'affermativa.[4] Ciò nondimeno Laurent crede dover restare coi primi.[5]

La ragione sostanziale addotta da questi per respingere quella prescrizione in tema di servitù, consiste in ciò che all'articolo ove è prefisso il tempo in genere per gli immobili (da noi, anche pei diritti reali immobiliari) è da preferirsi quello, che ha *speciale* riferimento al tema delle servitù. Particolarmente, il Troplong ha notata la convenienza, nell'ordine pratico, di richiedere per le servitù un tempo più lungo, che non occorre per l'usucapione della proprietà, nell'intento di tutelare maggiormente i proprietari, che, in caso di locazione dei loro fondi, si troverebbero esposti al troppo facile pregiudizio dei loro diritti.

Sebbene nè l'una, nè l'altra delle accennate opinioni sia suffragata da argomenti sicuri, pare tuttavia preferibile, per le ragioni sovraesposte, la seconda. Non si dimentichi il carattere poco appariscente, che ha la *quasi possessio* delle servitù, e il poco favore onde questa era riguardata dalle leggi romane, essendo le servitù

---

[1] Cfr. Dalloz, *Actions possessoires*, n. 417, 418; La *Giurisprudenza*, XVI. p. 81 in nota ove sono citati autori e sentenze.

[2] Quanto alla efficacia della *contraddizione*, fatta al proprietario del fondo dominante, per dar vita al possesso prescrittivo d'una servitù negativa, se ne ha esempio nell'art. 637 Cod. civ. Si ritiene però fatta ivi menzione di una eccezione, ed a buon diritto, sebbene, a dir vero, il Pescatore (op. cit., p. 262, 263) abbia creduto di scorgervi una norma generale.

[3] Pugliese, op. cit. p. 513. Cfr. Pacifici-Mazzoni, *Servitù prediali*, p. 129 e seg. e autori ivi citati. L'opinione prevalente sta, in Italia, per l'ammissibilità della prescrizione decennale in tema di servitù. — Non mancano però autori, che sostengano l'opinione contraria. V. per esempio il Ricci, II. p. 572; il Borsari, n. 1289.

[4] Duranton, V, 593; Troplong, II. 856.

[5] Cfr. Laurent, VIII. n. 194.

diritti incorporali, e spesso tali, *ut non habeant certam continuamque possessionem.* [1]

Anche nel Diritto intermedio, italiano e francese, si richiesero sempre requisiti maggiori per la prescrizione di queste che non per la proprietà dei fondi. — S'aggiunga che l'art. 629, che ammette per le servitù la sola prescrizione trentennale, sembra avere natura tassativa. E si noti poi in ispecial modo che dai lavori preparatorii del nostro Codice civile risulta che il legislatore si ispirò in questa meteria al principio « di interesse sociale e di ordine pubblico...., di impedire che le proprietà sieno con troppa facilità sottoposte a vincoli, che ne scemano la potenza produttrice ed il valore, e ne rendono mal sicure e meno facili le trasmissioni. » [2] Di fronte a tali principii sembra ragionevole attenersi ad una interpretazione stretta.

XVIII. — Adottando una tale opinione rimarrebbe addirittura eliminata la questione sulla Publiciana in tema di servitù, perchè l'influenza del giusto titolo sarebbe ridotta al nulla, se non sia a prova del possesso legittimo, che però non avrà mai ragione di prevalere sul possesso per parte del convenuto. — Vero è, che i più calorosi fautori della Publiciana in Diritto moderno affermano che la condizione sostanziale di questa in Diritto romano era di trovarsi l'attore *in via usucapiendi;* e che in Diritto moderno, verificandosi tal condizione anche in chi, senza titolo, sta compiendo la prescrizione trentennale, si rimane fedeli alla tradizione storica accordando anche a questo l'azione in base al suo semplice possesso, e concedendogli poi, in base al titolo, la prevalenza sul possesso avversario. [3]

Ma tal ragionamento convince assai poco. — Se l'azione Publiciana richiedeva un possesso di buona fede fondata su giusto titolo, e si basava sopra una ragione equitativa in odio di chi avrebbe acquistato *cum alterius detrimento*, è da vedere se, nelle specie singole, a cui quella si vuole estendere, concorrano tali estremi imprescindibili.

Ora, appunto la convenienza civile, l'opportunità di proteggere in linea generale l'acquirente di una servitù *a non domino*, o chi semplicemente ha preso possesso di una servitù prescrittibile, contro chi possiede il fondo a titolo di proprietà, sembra fare difetto. Alla equità, che possa militare in favore di chi reclama la servitù (per quanto potesse essere protetta in Diritto romano colla *quasi Publiciana*, nel caso di concorso del titolo e della buona fede [4]),

---

[1] La mancanza di un possesso certo e continuo non sarebbe considerazione plausibile in ordine alle servitù urbane, e talvolta anche alle rustiche. Onde alcuni autori non videro in quel detto di Paolo (l. 14 Dig. *de servitutibus*), che un tentativo di costruzione teorica: così il Bruns e il Jhering. — È però vero il dire che, ad ogni modo, il concetto accennato era vivo nella mente dei giuristi romani, quanto alla natura della *quasi possessio*.

[2] Cfr. *Relazione senatoria*, ediz. Gianzana, p. 278; *Verbali della Commissione di coordinamento*, id., p. 219.

[3] Cfr. Appleton, II. p. 332.

[4] Si noti che Ulpiano fa appello al *Praetoris officium;* l'amplissima sua potestà ben poteva ponderare le circostanze varie dei casi singoli, e provvedervi con tutela appropriata nella specie e nella misura. — L'autorità giudiziaria ai tempi nostri ha un còmpito più modesto, e un potere più delimitato.

si contrappone il principio della libertà dei fondi nell'attuale sistema, secondo cui il titolo *a non domino* rimane privo di efficacia.

Queste ragioni, del resto, hanno valore, anche se si voglia ammettere la prescrizione decennale nel caso delle servitù.

Ma allora, si domanderà, il possessore di buona fede, che acquista una servitù pel suo fondo, o il proprietario d'un podere, che stipula col vicino *non dominus*, resteranno senza tutela anche di fronte al terzo possessore, che non può vantare sulla cose alcun diritto? è ciò equo e ragionevole?

Notisi anzitutto che, se un *non dominus*, es. un affittuario, acquista una servitù *a domino*, a norma de' principii, nè questi, nè i suoi aventi causa potranno impugnare la costituzione di quella: parimente se ne potrà giovare il proprietario del fondo dominante, considerandosi la servitù stabilita in favore del fondo.[1]

Inoltre, quanto alla prova della proprietà nell'acquirente, o nell'alienante, ancorchè non sia categoricamente perfetta, possono supplirvi le presunzioni dianzi accennate e nella riferita misura, che dovrà però nella specie essere anche più restrittiva, atteso il principio della libertà dei fondi.[2]

Se poi la proprietà non emerga dalle prove addotte, prevarrà il possessore del fondo.

Anche qui valgono le stesse osservazioni che pel caso della proprietà. Un più minuto apprezzamento delle ragioni equitative potrebbe attuarsi, *de lege ferenda*, lasciando al giudice una facoltà d'apprezzamento anche più lata.[3] E il giudice dovrebbe a sua volta usare nella specie un *criterio più restrittivo*.

Escludendo dal sistema delle vigenti leggi anche la *quasi Publiciana* in tema di servitù, non si intende perciò di fare buon mercato delle tradizioni romane, nè di « isterilire, come diceva Pescatore, l'organismo vivente della ragion civile ».[4] — Solo si afferma la convenienza di penetrare con attenta indagine lo spirito del sistema romano, rilevarne le differenze dai principii invalsi nel moderno sistema, secernere dai ruderi dell'edifizio antico la parte ancora oggi viva e feconda, ed i principii plausibili piuttosto *de lege ferenda*.

C. Brezzo.

---

[1] Non ostante la contraria autorità di Laurent, la dottrina prevalente è nel senso accennato. Cfr. il Pacifici-Mazzoni, loc. cit. p. 111 e seg. Laurent argomenta troppo rigidamente dai principii: che l'atto sia nullo, sta bene. Ma occorre non estendere l'impugnabilità oltre i suoi naturali confini (Argom. art. 1459, Cod. civ. it.).

[2] Se sia possibile, in luogo di ripetere il diritto di servitù, l'attore rivendicherà il dominio del tratto di terreno, su cui quella si esercita, *jure proprietatis*, o *jure communionis*, o (trattandosi per esempio d'acquedotto) *jure necessitatis*. A tali spedienti si ricorrerà poi senza dubbio trattandosi di servitù imprescrittibili (cfr. p. es. sent. Corte cass. Torino, 12 settembre 1887). Il decidere se concorrano a quell'intento gli estremi voluti, dipende dall'esame delle circostanze particolari alle singole specie.

[3] Un esempio del genere si ha nell'art. 578 del Cod. civ.

[4] Pescatore, *La Logica del Diritto*, p. 54.

AMM. PROV. DI TORINO
№ 15657
BIBLIOTECA
115601